



دراسة قانونية فقهية مقارنة

على ضوء الاجتهاد القضائي

الجزء الأول

قواعد الاختصاص والاثبات – الخطبة – الزواج وآثاره

قرظه

فضيلة القاضي مصطفى الخالد

رئيس المحكمة الشرعية بحماه

قدم له

فضيلة المستشار الشيخ محمد الشماع

رئيس المحكمة الشرعية الأولى بدمشق


http://kotob.has.it

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم الكتاب

لفضيلة المستشار محمد الشماع

رئيس المحكمة الشرعية الأولى بدمشق

الحمد لله رب العالمين والعاقبة للمتقين ولا إله إلا أنت إله الأولين والآخرين وقيوم السموات والأرضين ومالك يوم الدين، لا فوز إلا في طاعته، ولا هدى إلا في الإستدلال بنوره.

وصلى الله على سيدنا محمد الأمين، المبعوث رحمة للعالمين، وعلى آله الأكرمين، وأصحابه الأخيار الميامين، وسلم تسليماً كثيراً إلى يوم الدين وبعد:

فإن من ينظر في أحكام الأسرة الواردة في القرآن الكريم أو السنة المطهرة يدرك ادراكاً كاملاً ضخامة شأن الأسرة في النظام الاسلامي، فالله سبحانه يجمع بين تقواه وتقوى الرحم في أول سورة النساء حيث يقول: « يا أَيُّها الناسُ اتقوا ربَّكُم الذي

خلقكم من نفسٍ واحدةٍ ، وخلقَ منها زوجها ، وبثَّ منهما رجالاً كثيراً ونساء ، واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام ، إن الله كان عليكم رقيبا » .

ويجمع بين عبادته - جل وعز - والإحسان للوالدين في أكثر من موضع « واعبدُوا اللهَ ولا تشرِكوا بــــه شيئاً وبالوالدين إحسانا » « وقضى ربُّك ألا تعبدوا إلا إيّاهُ وبالوالدين إحسانا » « أن اشكُرْ لي ولوالدَيْكَ » ويصور العلاقة البيتية تصويراً شفيفاً ليشع منه التعاطف وترف فيه الظلال ويشيع فيه الندى ويفوح منه العبير .

« ومن آياتِهِ أن خَلَقَ لكُمْ من أنفُسِكُم أزواجاً لتسكُنُوا إليها وجعَلَ بينَكُمْ مودةً ورحمةً إن في ذلك لآياتٍ لقومٍ يتفكَّرون » « هنَّ لباسٌ لكُم وأنتُمْ لباسٌ لهُنَّ » .

وإذا كان الإسلام قد اعتبر الأسرة خلية أساسية في بناء المجتمع وأحاطها بكل رعايته وبكل ضماناته ، واحتفل بشأن العلاقات الزوجية والعائلية هذا الاحتفال الذي رفعها إلى مستوى القداســـة المتصلة بالله فذلك لأن القدر الإلهي قد أقام الحياة

البشرية ابتداء على أساس الأسرة حين جرى قدر الله أن تكون أول خلية في الوجود البشري هي أسرة آدم وحواء ، وأن يتكاثر الناس بعد ذلك من هذه الخلية الأولى ، وكان الله ـ سبحانه ـ قادراً على أن يخلق الملايين من الأفراد الانسانيين دفعة واحدة ، ولكن قدره جرى بهذا لحكمة كامنة في وظيفة الأسرة الضخمة في حياة هذا المخلوق ، حيث تلبي حياة الأسرة فطرته واستعداداته ، وحيث تنمي شخصيته وفضائله ، وحيث يتلقى فيها أعمق المؤثرات في حياته ، فالبيت في اعتبار الإسلام ـ مثابة وسكن في ظله تلتقي النفوس على المودة والرحمة والتعاطف والستر والتجمل والحصانة والطهر ، وفي كنفه تنبت الطفولة وتدرج الحداثة ، ومنه تمتد وشائج الرحمة وأواصر التكافل ، والطفل الذي يحرم من محضن الأسرة ينشأ شاذاً غير طبيعي في كثير من جوانب حياته ـ مهما توافرت له وسائل الراحة والتربية في غير محيط الأسرة ـ وأول ما يفقده في أي محضن آخر غير محضن الأسرة هو شعور الحب ، كما يحرم ثبات الشخصية ، فتنشأ شخصيات الأطفال في المحاضن الصناعية مخلخله معقدة متحاقدة فيما بينها ، إذ حرموا حب الأم وعطفها ، ولم تتوافر لهم السلطة الشخصية الثابتة لتغير

الحاضنات بالمناوبة على الأطفال ، ولا جرم فالتجارب في المحاضن الصناعية تكشف كل يوم عن حكمة أصيلة في جعل الأسرة هي اللبنة الأولى في بناء المجتمع الذي يستهدف الاسلام انشاءه على أساس الفطرة السليم ، وإذا تطلعت الماركسية في بداية تطبيقها بعد الثورة الشيوعية إلى الغاء الأسرة بزعم أن الزواج نظام بورجوازي يستغل فيه الرجل ـ على حد زعمهم ـ زوجته وأولاده ويتخذهم أدوات انتاج ، فقد اضطرت بعد ذلك ولاعتبارات اقتصادية أن ترجع عن تلك الفكرة وتنظم الزواج والأسرة حتى الميراث .

لقد سبق الإسلام سبقاً رائعاً بعيداً في رسم صورة للأسرة كانت هي الصورة التي آل إليها التطور اجمالاً في جميع بلاد العالم وجعل لها نظاماً متكاملاً من الأحكام يرافق الانسان منذ تكونه جنيناً في رحم أمه إلى ما بعد وفاته بشكل منسق تراعى فيه مصلحة الفرد والأسرة والمجتمع .

ولقد ظلت أحكام الكتاب والسنة وفتاوى الصحابة ـ رضوان الله عليهم ـ هي المرجع للقضاة في أحكام الأحوال الشخصية وغيرها من مالية وجزائية وتجارية حتى أواخر العهد العثماني ،

إذ دونت مجلة الأحكام العدلية ثم صدر قرار حقوق العائلة وظل معمولاً به في بلادنا حتى عام ١٩٥٣ إذ صدر قانون الأحوال الشخصية الذي تصدى لشرحه الأخ الأستاذ محمد فهر شقفة في سفر قيم تميز بأبحاث في الفقه المقارن ، وبيان لبعض الأحكام لدى المسيحيين والموسويين ، ولم يأل جهـــداً في الايضاح والاستدلال حينما يجد ضرورة لذلك ويبين رأيه في بعص المسائل بشكل يجعلنا مطمئنين إلى أننا إزاء باحث محقق له شخصيته المتميزة وعقله النير ، وعلى هذه الطريقة سار الأستاذ الشقفة في مؤلفاته الأخرى التي أتحف بها مكتبتنا الفقهية الحقوقية القضائية وما زال ـ زاده الله توفيقاً ـ يقدم لأسرتنا الحقوفية بين الفينة والفينة كتاباً قيماً يزيدنا تقديراً له ، وثناء عليه ٠

سدد الله خطانا جميعاً وأخذ بيدنا إلى ما فيه خير مجتمعنا ورفعة بلدنا وسعادة أمتنا إنه وليّ التوفيق وهو حسب المؤمنين ، والحمدُ للهِ ربِّ العالمين ٠

دمشق في ١٣٩٢/٧/٢ وفق ٩٧٢/٨/١١

المستشار الشيخ محمد الشماع

رئيس المحكمة الشرعية الأولى بدمشق

بسم الله الرحمن الرحيم

تقريظ الكتاب

لفضيلة القاضي مصطفى الخالد

قاضي شرع حماه

الحمد لله ، نحمده ونستعينه ونستهديه ونستغفره ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا ، من يهدي الله فلا مضل له ، ومن يضلل فلا هادي له ، « يا أيها الذينَ آمنُوا قوا أنفُسَكم وأهليكم نارا وقودُها الناسُ والحجارةُ عليها ملائكةٌ غلاظٌ شدادٌ لا يعصون الله ما أمرَهُمْ ويفعلونَ ما يُؤمرون » « يا أيها الذين آمنوا أطيعُوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم فإن تنازعْتم في شيءٍ فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنُون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلاً » وبعد :

لقد كتبت ونشرت في الأحوال الشخصية مؤلفات كثيرة منها مدرسية ومنها شروح للقوانين القائمة وأكثرها تعرض لذكر شرائع

الأحوال الشخصية عند بقية الأمم بعرض تاريخي ، وأن تقابل المواد القانونية بقي محصوراً بين قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية لوحدها ، ككتب الأساتذة الشيخ محمد أبو زهرة والدكتور محمد يوسف موسى والدكتور محمد محي الدين عبد الحميد والدكتور السباعي والدكتور الصابوني والقاضي علاء الدين خروفة وغيرهم من قضاة ومحامين وأساتذة جامعات ، وذلك دون أن يقارنوا مواد هـــذه القوانين مع قوانين الأحوال الشخصية للطوائف الروحية من أهل الكتاب إلا بصورة عامة ، مما جعل كتاب الأستاذ محمد فهر الشقفة يمتاز بهذا على تلك الكتب المتقدمة ، ولعل هذا الأسلوب مستفاد من أخلاق وأدب الأستاذ الشقفة الذي يعالج دائماً وأبداً في مؤلفاته وسيلة مشروعة إلى غاية مشروعة، مما يعتبر نقطة التقاء لأهل الفكر في الانسانية فيما خلقوا له من التراحم والتناصح وبيان الحق بمنتهى الأدب والحكمة ، ولعله استفاد ذلك من المعلم الأعظم الذي أدبه ربه فأحسن تأديبه ووصفه في كتابه الكريم « إِنَّكَ لعلى خُلُقٍ عظيم » وقال فيه أيضاً « وما أرسلناكَ إلا رَحمَةً للعالَمين » وكان عليه الصلاة والسلام يقول : الدين النصيحة .

ومما لا شك فيه أن المنصف المتدبر سيجد عند قراءته لهذا المؤلف دافعاً قوياً لتفهم أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية ، ولمعرفة الفوارق بينها وبين الأحكام الأخرى وضعية كانت أو دينية ، وبذلك يستطيع اختيار الأفضل لنفسه وأسرته وأمته والإنسانية .

وإني إذ أقرظ هذا الكتاب الجليل في فقه الأحوال الشخصية أهيب بجميع الزملاء من قضاة ومحامين وأساتذة جامعات وطلابها وخاصة فرعي الشريعة والحقوق أن يولوا هذا المؤلف عنايتهم واهتمامهم ويحاولوا الاستفادة منه ، وخاصة فإنه أول مؤلف يصل بين المفاهيم النظرية والوقائع العملية .

كما أهيب بالمتضلعين باللغات الأجنبية أن يحاولوا نقله إلى الأمم الحضارية ليتعرفوا عن كثب على تشريعاتنا الاجتماعية .

وأختم كلمتي هذه بتقديم الشكر العميق للأستاذ الشقفة منوهاً بحسن عرضه للموضوع وصحة استدلاله وجودة سبكه وسعة اطلاعه وتجرده عند المقارنة ، سائلاً المولى القدير أن يجعله في الدنيا مع الصالحين وفي الآخرة من المقبولين « وحسُن أولئك رفيقا » .

القاضي مصطفى الخالد

رئيس المحكمة الشرعية في حماه

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة المؤلف

الحمد لله العادل في قضائه ، والصلاة والسلام على خير أصفيائه سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وأحبائه . وبعد .

تعتبر الأحوال الشخصية أكثر القوانين مساساً بالانسان ، لأنها تنظم حياته وعلاقاته الأسروية والعائلية اعتباراً من نشأته إلى ما بعد مماته ، تلك العلاقات التي تتصل اتصالاً مباشراً مع عواطفه ومشاعره وإحساساته .

ولذلك كان لزاماً على كل إنسان أن يفهمها فهماً صحيحاً لا ينحرف فيه عن الغاية المثلى التي وجدت من أجلها ، وأن يطبقها تطبيقاً صحيحاً أيضاً لا يخرج به عن مقاصدها .

وكان لزاماً أيضاً على رجال القانون من قضاة ومحامين مراقبة هذا التطبيق وتقويمه إذا حاد عن الجادة . ولا يتأتى ذلك إلا عن

طريق شرح واف لقوانين الأحوال على ضوء الفقه وما استقر عليه الاجتهاد . وهو عبء لو يعلمه الناس ثقيل . وقد وطدت العزم على أن يكون هذا الكتاب عاماً لكل المواطنين على اختلاف أديانهم ومذاهبهم ، فضمنته شرحاً لأحكام الأحوال لدى المسلمين والنصارى واليهود . إذ لا تزال أحكام الأحوال عند النصارى واليهود غير معروفة لدى أغلب المشتغلين بالقانون .

وقد حاولت أن أقارب في هذا الكتاب الكمال ما استطعت ولكن الكمال لله وحده ، وقديماً قال الإمام مالك رضي الله عنه : ما منكم من أحد إلا يؤخذ منه ويرد عليه ، إلا صاحب هذه الروضة ـ يعني النبي محمد عليه الصلاة والسلام ؛

فمن وجد خيراً فليحمد الله ومن وجد غير ذلك فليبادر مشكوراً لاعلامي عنه ، فإن الرجوع إلى الحق خير من التمادي في الباطل ، وأنا حسبي أني عملت ، والله من وراء القصد وهو الموفق والمعين .

دمشق في ١ رجب ١٣٩٢ الموافق ١٩٧٢/٨/١٠

المؤلف

الباب الأول

ويحتوي :

١ – الأحوال الشخصية ومكانتها

٢ – مصادر الأحوال الشخصية

٣ – قوانين الأحوال المعمول بها في سوريه .

٤ – محاكم الأحوال الشخصية .

٥ – الأصول المطبقة أمام محاكم الأحوال الشخصية

٦ – طرق الطعن في الأحكام

٧ – قواعد الاختصاص

٨ – قواعد الاثبات .

الأحوال الشخصية ومكانتها

١ ـ الأحوال الشخصية اصطلاح قانوني مستحدث للدلالة على مجموعة القواعد القانونية والشرعية المتعلقة بأحوال الإنسان الاجتماعية ، والتي تحكم على الغالب روابطه العائلية ، وما ينتج عنها من آثار والتزامات مالية وغير مالية .

٢ ـ وقد كان الاجتهاد القضائي في مصر قد عرف الأحوال الشخصية بما يلي :

« المقصود بالأحوال الشخصية هي مجموعة ما يتميز به الانسان عن غيره من الصفات الطبيعية والعائلية التي رتب القانون عليها أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية ككون الانسان ذكراً أو أنثى ، وكونه زوجاً أو أرملاً أو مطلقاً أو أباً أو إبناً شرعياً ، وكونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو عته أو جنون ، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها » .[1]

ومن ثم بينت المادتان ١٣ و ١٤ من قانون تنظيم القضاء المصري رقم ١٤٧ الصادر في ١٩٤٩/٨/٢٨ الأمور التي تعتبر من الأحوال الشخصية ، فنصت المادة ١٣ على ما يلي :

م ١٣ : إن الأحوال الشخصية تشمل المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم ، أو المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج وحقوق

---

(١) ـ القرار المؤرخ في ٢١ يونية ١٩٣٤ ـ عن أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية ص ١٨ .

الزوجين وواجباتها المتبادلة ، والمهر والدوطة ونظام الأموال بين الزوجين ، والطلاق والتطليق والتفريق ، والبنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها ، والعلاقة بين الأصول والفروع ، والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار ، وتصحيح النسب والتبني والولاية والوصاية والقوامـة والحجر والاذن بالإدارة والغيبة واعتبار المفقود ميتاً ، وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت .

ونصت المادة ١٤ على ما يلي :

م ١٤ : تعتبر الهبة من الأحوال الشخصية بالنسبة لغير المصريين إذا كان قانونهم يعتبرها كذلك .

٣ — ولم يكن الفقهاء يطلقون اسماً واحـداً على المسائل التي تشملها الأحوال الشخصية ، وإنما كانوا يطلقون على كل موضوع اسماً خاصـاً به ومنسجماً معه ، فيقولون : كتاب النكاح ، وكتاب المهر ، وكتاب الطلاق ، وكتاب الفرائض وهكذا ...

٤ — وجمع العثمانيون بعضاً من هـــذه المواضيـع وأطلقوا عليها اسم « حقوق العائلة » . أما في لبنان فإن مواضيـع الأحوال الشخصية مجموعة في قانون يطلقون عليه (قانون الأسرة) ، وفي المغرب جعلت في قانون أطلقوا عليه اسم (مدونة الأحكام الشرعية) ، وفي تونس أطلقوا عليها (مجلة الأحوال الشخصية) ، وفي الأردن لا تزال تسمى (بقانون حقوق العائلة) . أما الأحوال الشخصية للنصارى واليهود فقد نص عليهـا قانون حقوق العائلة العثماني .

وبعد انفصال الأقطار العربية عن الدولة العثمانية صدرت في البـــلاد العربية قوانين أحوال شخصية خاصة فقط بالمسلمين وبقي النصارى واليهود يتبعون في أحوالهم الشخصية الأحكام الخاصة بكل طائفـة من طوائفهم مما سنراه فيما بعد .

مكانة الأحوال الشخصية في الفقه الاسلامي :

٥ ـ قسم الفقهاء المسلمون أحكام الشريعة الإسلامية إلى قسمين رئيسيين وهما :

١ ـ ما يتعلق بالعقائد كالإيمان بالله تعالى وكتبه ورسله واليوم الآخر وهو ما يسمى بعلم التوحيد .

٢ ـ ما يتعلق بأعمال الانسان أفراداً وجماعات وهو موضوع علم الفقه .

ومن ثم قسموا الفقه إلى قسمين أيضاً وهما :

آ ـ عبادات .

ب ـ معاملات .

فأما العبادات فهي عبارة عن الأعمال التي يتقرب بها الانسان إلى الله سبحانه وتعالى كالصلاة والصيام والحج والزكاة .

وأما المعاملات فهي الأحكام التي تنظم علاقة الانسان بغيره من الأشخاص أو تنظم علاقة الدول والحكومات بعضها مع بعض .

والقسم من المعاملات الذي ينظم علاقة الانسان بغيره من الأشخاص يحوي الأحكام التي تنظم جميـع عقود الانسان وتصرفاته سواء كانت متعلقة بالأسرة أو كانت متعلقـة بالأموال وهو موضوع ما يسمى في الاصطلاح الحديث الأحوال الشخصية والقانون المدني .

وأما القسم الذي ينظم العلاقات الدولية فهو موضوع ما يسمى في الاصطلاح الحديث بالقانون الدولي .

ويتبين لنا مما تقدم أن الأحوال الشخصية هي قسم من أقسام المعاملات في الفقه الاسلامي .

وقد أعطى الفقهاء المسلمون لتلك الأحكام أهمية خاصة ، فأشبعوها درساً وتمحيصاً وتخريجاً ، واعتبروا حسن فهمها دليلاً على مكانة الفقيه ومقدرته وخاصة ما يسمى منها بعلم الفرائض أي المواريث .

ولعل أهميتها الكبرى نتجت عن كونها أشد الأحكام التصاقاً بذات الانسان وأشد القواعد مساساً بشعوره وإحساساته .

ولا يزال لها حتى اليوم المكانة الأولية بين مجموعة القوانين ، حتى أن مجرد التفكير في تعديلها يبقى الشغل الشاغل للناس على مختلف ثقافاتهم ومستوياتهم وأعمالهم . ولا أعدو الحقيقة إذا قلت :

« إن لأحكام الأحوال الشخصية قدسية خاصة عند جميع المواطنين ، وإن تلك القدسية لا تنبع من كون أحكامها مستقاة من مصادر دينية فقط ، وإنما أيضاً لكونها تنظم الخلية الأسروية ، التي يشعر تجاهها كل انسان بشيء من القدسية والمهابة ، ويعتبر المحافظة على أسرارها من أهم الأمور في وجوده ، كما يعتبر حسن بنيانها اللبنة الأولى في سعادته ، ويعتبر فسادها العامل الرئيسي في شقائه » .

مصادر الأحوال الشخصية

٦ ـ تستقي الأحوال الشخصية أحكامها من الشرائع الدينيـة لأتباع الديانات الثلاث . والشريعة هي مجموعة الأحكام التي شرعها الله لعباده . وهي تختلف باختلاف أصحاب الديانات كما يختلف القياس عليها والاستنباط منها باختلاف المذاهب .

١ ـ الشريعة الاسلامية :

٧ ـ تعتمد الشريعة الإسلامية في أحكامها على المصادر التالية :

آ ـ القرآن الكريم وهو الكتاب المنزل على سيدنا محمد عليه الصلاة والسلام .

ب ـ السنة النبوية وهي جميع ما صدر عنه ﷺ من قول أو فعل أو تقرير .

جـ ـ القياس وهو الحاق أمر بآخر في الحكم الشرعي لاتحاد العلة بينهما .

د ـ الإجماع وهو اتفاق الفقهاء المجتهدين في عصر على حكم .

ويلحق بها بعض الفقهاء المصادر التالية :

آ ـ الاستحسان : وهو العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر لوجه أقوى يقتضي هذا العدول .

ب ـ الاستصلاح : وهو بناء الأحكام الفقهية استناداً إلى المصلحة العامة .

جـ ـ العرف : وهو العادة المستحكمة في قول أو عمل .

ومن المتفق عليه أنه لا اجتهاد في مورد النص ، والنص هو القرآن أو السنة .

٨ ـ وقد اختلف المسلمون في الاستنباط منها حتى تعددت مذاهبهم ، ولذلك فإن الشريعة الاسلامية تتألف من مجموع أحكام جميع المذاهب وليس من أحكام مذهب معين بالذات . وانطلاقاً من هذا الشمول للشريعة الاسلامية استقى واضعو قانون الأحوال الشخصية السوري أحكامه . فأخذوا من مذاهب الشريعة المختلفة أقوم الأحكام وأقربها إلى المصلحة العامة للمواطن . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع هـذا القانون ، أن المشترع اعتمد في اعداده على المصادر الخمسة التالية :

آ ـ قانون حقوق العائلة العثماني الذي جرى العمل به وتعارفه الناس وبنيت عليه الاجتهادات القضائية .

ب ـ القوانين المصرية مع بعض التعديل أحياناً بما يوافق المصلحة المحلية .

ج ـ الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لقدري باشا .

د ـ ما رأت اللجنة الأخذ فيه بمذهب غير المذهب الحنفي ، وما وضعته في مواد التنظيم التي لا تنافي الحكم الشرعي .

هـ ـ مشروع الأحوال الشخصية لقاضي دمشق الأستاذ الشيخ علي الطنطاوي .

إلا أنه من الملاحظ أن أكثر أحكام القانون قد استمدت من المذهب الحنفي على اعتبار أنـه المذهب المفتى بـه في الدولة وأوسع المذاهب في المعاملات . ولذلك فقد نص القانون على اعتباره مصدراً لكل ما لم يرد عليه نص في القانون فجاء في المادة ٣٠٥ منه ما يلي :

كل ما لم يرد عليه نص في هذا القانون يرجع فيه إلى القول الأرجح في المذهب الحنفي .

٢ - شرائع النصارى :

٩ - إن المصدر الأول للشريعة المسيحية هو كتابها المقدس المعروف باسم « العهد الجديد » ويتضمن العهد الجديد الأناجيل الأربعة وهي : متى ومرقس ولوقا ويوحنا ، كما يتضمن سفر أعمال الرسل للوقا ، وإحدى وعشرين رسالة لبطرس ويعقوب ويوحنا ويهوذا ، وسفر الرؤيا ليوحنا .

ومن المعروف أن الكتاب المقدس عند المسيحيين لم يتعرض إلى الأمور الدنيوية ، وإنما جاء لوصل الإنسان بخالقه عز وجل . ولذلك فقد أثر عندهم :

أترك ما لقيصر لقيصر وما لله لله .

ولم يتعرض السيد المسيح بحكم قاطع إلا لمسألة الزواج والطلاق فرفعها إلى مرتبة النظام الديني فأصبحت أحكامها عند المسيحيين مرتبطة بعقيدتهم ، أما غيرها من الأحكام فقد تركها للناس يشرعون لها وفق مجتمعاتهم وتحقيق أغراضهم في الزمان والمكان[١] . ولذلك فإن أحكام الأحوال الشخصية للمسيحيين قد اعتمدت على اجتهادات وأقوال الرسل وقرارات المجامع .

وتعتمدالطوائف الشرقية خمسة قوانين للرسل وهي المدونة فيالكتب التالية:

آ - قصة الرسل الاثني عشر (الديداخا) .

ب - تعاليم الرسل (الدسقلية) وهي تتعلق بطاعة الزوجات لأزواجهن .

ج - المرسوم الكنسي المصري .

د - القواعد الكنسية .

هـ - القواعد الشرعية اللاحقة للصعود .

---

(١) الأحوال الشخصية لغير المسلمين للدكتور فؤاد شباط ص ٤٦ .

ولعل أهم ما يعتمد عليه المسيحيون بصورة عامة هي قرارات المجامع ، والمجامع هي مؤتمرات دينية تضم أحبار المسيحيين وتتخذ فيها قرارات دنيوية لتنظيم شؤونهم ، وأشهر مجامعهم هي :

آ ـ مجمع نيقية عام ٣٢٥ م .

ب ـ مجمع القسطنطينية عام ٣٨١ م .

جـ ـ مجمع أفسس الأول عام ٤٣١ م

د ـ مجامع أنقره ، والقيسارية الجديدة ، وسردينية ، وعنفراس ، وانطاكية ، واللاذقية ، وأفسس الثاني ، وخلقيدونية ، والترنتي (القرن السادس عشر) .

ويعتبر الكاثوليك أن البابا خليفة لبطرس المفوض من الرب ، وأقواله في الشؤون الدنيوية معصومة من الخطأ . ولذلك فإنها بالنسبة إليهم من أعظم مصادر قوانينهم . مما ينكره البروتستانت والأرثوذكس .

٣ ـ شرائع اليهود :

١٠ ـ يعتمد اليهود في شريعتهم على المصادر التالية :

آ ـ التوراة : وهو كتابهم المقدس ويتألف من عدة أسفار وهي :

١ ـ سفر التكوين .

٢ ـ سفر الخروج .

٣ ـ سفر الأحبار .

٤ ـ سفر العدد .

٥ ـ سفر تثنية الاشتراع .

٦ ـ أسفار أخرى كتبها الاسرائيليون الذين أتوا بعد موسى عليه السلام .

ويضم سفر تثنية الاشتراع فقط مجموعة الأحكام الدينية والمدنية والجنائية والسياسية التي أنزلها الله على النبي موسى عليه السلام في جبل الطور . أما بقية الأسفار ، فالأربعة الأول تبحث في الخليقة ونشأة بني إسرائيل واستيطانهم أرض مصر وخروجهم منها وتيههم في البرية . وأما الأسفار ما بعد الخامس فانها تضم أخبار ملوك اليهود وخاصة أثناء زعامة يشوع بن نون .

ب ـ التلمود : ويسمى « مشنا » أي الكتاب الثاني ، وهو كتاب وضعه عدد من أحبار اليهود وعلمائهم بزعامة رئيس الكهنة « عزرا » في القرن الخامس قبل الميلاد ، وضمنوه فقه الشريعة وتفسير التوراة في (٦١٣) وصية ، وقد أطلق على هؤلاء العلماء اسم « تنائم » أي الذين جعلوا التوراة كتابين اثنين . واليهود في اعتبار هذين الكتابين قسمان :

١ ـ الربانيون : وهؤلاء يقرون للتلمود بأهمية عظمى ويعتبرونه المصدر الهام لشريعتهم . ويتقيدون بما ورد فيه من أحكام .

٢ـ القراؤون: وهؤلاء لا يقرون صفة المصدر الشرعي إلا للتوراة ويعترفون لكل إنسان بحق الاجتهاد ويكتفون بالاستئناس لما ورد في التلمود . (١)

---

(١) الأحوال الشخصية لغير المسلمين للدكتور فؤاد شباط ص ٤٥ .

قوانين الأحوال المعمول بها في سورية

القوانين الخاصة بالأحوال الشخصية والمعمول بها في سورية نوعان :

آ ـ قانون عام .

ب ـ قوانين خاصة .

آ ـ القانون العام :

١١ ـ وهو قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بموجب المرسوم التشريعي رقم ٥٩ بتاريخ ١٩٥٣/٩/١٧ . والمطبق في سورية اعتباراً من ١٩٥٣/١١/١ ، بعد أن ألغى قانون حقوق العائلة العثماني الصادر بتاريخ ٢٥ تشرين أول ١٣٣٣ . وسائر القوانين والارادات السنية والمراسيم التشريعية والقرارات التي تخالف قانون الأحوال الشخصية أو لا تأتلف مع أحكامه .

وقد حوى هذا القانون نوعين من الأحكام وهي :

١ ـ الأحكام الخاصة بالمسلمين وحدهم وهي أحكام الخطبة والزواج والمتابعة والنفقة الزوجية والطلاق والحضانة ونفقة الصغير مع بعض الاستثناءات بالنسبة للدروز .

٢ ـ أحكام تطبق على جميع السوريين باختلاف دياناتهم ومذاهبهم . وهي جميع الأحكام ما عدا ما نص عليه في الفقرة السابقة . لأن الأمور التي نصت عليها الفقرة السابقة تطبق عليها الأحكام التشريعية الدينية الموجودة

لدى كل طائفة من الطوائف عمـــلاً بنص المادة ٣٠٨ من قانون الأحوال .(١)

١٢ ـ وقد تضمن القانون ستة كتب وقسم كل كتاب إلى أبواب . فقنن الكتاب الأول أحكام الزواج والكتاب الثاني أحكام انحلال الزواج والكتاب الثالث الولادة ونتائجها والكتاب الرابع الأهلية والنيابة الشرعية والكتاب الخامس الوصية والكتاب السادس المواريث .

ب ـ **القوانين الخاصة** : وهي كما يلي :

١ ـ قوانين خاصة بالنصارى .

٢ ـ قانون الطائفة الموسوية .

٣ ـ أحكام خاصة بالطائفة الدرزية .

القوانين الخاصة بالنصارى :

١٣ ـ يخضع النصارى بالنسبة لأحكام الخطبة والزواج وغيرها من الأمور التي نصت عليها المادة ٣٠٨ من قانون الأحوال الشخصية لأحكام قوانينهم الخاصة . أما فيما عدا ذلك فيخضعون لقانون الأحوال الشخصية السوري المستمد من الشريعة الاسلامية . وقد سئل مرة أحد الرؤساء الروحانيين اللامعين « هل يلتزم المسيحيون رعايا الدولة العلية بحفظ شريعة المواريث المحمدية المطبقة عليهم » .

---

(١) نصت المادة ٣٠٨ من قانون الأحوال الشخصية السوري على ما يلي :
يطبق بالنسبة الى الطوائف المسيحية واليهودية ما لدى كل طائفة من أحكام تشريعية دينية تتعلق في الخطبة وشروط الزواج وعقده ، والمتابعة والنفقة الزوجية ونفقة الصغير وبطلان الزواج وحله وانفكاك رباطه وفي البائنة (الدوطة) والحضانة .

فأجاب : نعم ، لأن شريعة المواريث المحمدية لا تضـاد ولا حقيقة واحدة من حقائق الإيمان المسيحي ... وإن قيل أن الشريعة المذكورة قد فرضت بالوجه الأول والأخص للمسلمين لا للنصارى ، أجبنا : بأن النصارى في بلاد المسلمين قد دخلوا في عهدتهم وذمتهم ، ولذلك لقب النصارى بالذميين ، فالتزموا بحفظ الشرائع المحمدية في كل ما لا يناقض معتقدهم .... وكل مسيحي من رعايا الدولة يلتزم بخصوص المواريث بما يلتزم بـه كل مسلم التزاماً شديداً .[1]

هذا ومن المعروف أنه لايوجـد قانون واحد يطبق على المسيحيين في سورية حالياً ، وقد كان قانون حقوق العـائلة العثماني يطبق على جميـــع الطوائف في عهد العثمانيين . أما بعد زوال الدولة العثمانية وخضوع سورية لسلطة الافرنسيين فقد صدر القرار رقم ٦٠ لر تاريخ ١٩٣٦/٣/١٣ المعدل بالقرار رقم ١٤٦ ل.ر تاريخ ١٨ تشرين ثاني ١٩٣٨ . وفيه اعترف المشرع للطوائف التاريخية التي بينها في الملحق رقم ١ بأن يكون لأنظمتها الخاصة قوة القانون .

١٤ — وجاء في الملحق رقم ١ المشار اليه أعلاه أن الطوائف المعترف بها قانوناً وواقعياً هي ما يلي :

١ ـ الطوائف المسيحية :

ـ البطريركية المارونية ـ بطريركية الروم الأرثوذكس ـ البطريركية الكاثوليكية الملكية ـ البطريركية الأرمنيـة الفريغورية الارثوذكسية ـ

---

(١) الأحوال الشخصية لغير المسلمين للدكتور فؤاد شباط ص ٤٩ .

البطريركية الأرمنية الكاثوليكية ـ البطريركية السريانية الأرثوذكسية ـ البطريركية السريانية الكاثوليكية ـ البطريركية الآشورية الكلدانية (النسطورية) ـ البطريركية الكلدانية ـ الكنيسة البروتستانتية ـ الكنيسة اللاتينية .

٢ ـ الطوائف الاسلامية :

ـ الطائفة السنية ـ الطائفة الشيعية الجعفرية ـ الطائفة العلوية ـ الطائفة الاسماعيلية ـ الطائفة الدرزية .

٣ ـ الطوائف الاسرائيلية :

ـ كنيس حلب ـ كنيس دمشق ـ كنيس بيروت .

١٥ ـ وجاء في المادة العاشرة من القرار : يخضع السوريون واللبنانيون المنتمون إلى الطوائف المعترف بها ذات الأحوال الشخصية لنظام طوائفهم الشرعي في الأمور المتعلقة بالأحوال الشخصية ولأحكام القانون المدني في الأمور غير الخاضعة لهذا النظام .

يخضع السويورن واللبنانيون المنتمون إلى طائفة تابعة للحق العادي وكذلك السوريون واللبنانيون الذين لاينتمون لطائفة ما للقانون المعني في الامور المتعلقة بالاحوال الشخصية أما الاجانب وإن كانوا ينتمون إلى طائفة معترف بها ذات نظام للأحوال الشخصية فإنهم يخضعون في شؤون الأحوال الشخصية لأحكام قانونهم الوطني .

وفي ١٩٣٩/٣/٣٠ وعلى أثر الاحتجات الكبيرة التي قام بها المسلمون أصدر المفوض السامي قراره رقم ٥٣ ل . ر يقضي بعدم تطبيق القرار ٦٠ ل . ر لعام ١٩٣٦ والمعدل بالقرار رقم ١٤٦ ل . ر لعام ١٩٣٨ على المسلمين . أما بالنسبة لغير المسلمين فلا يزال سارياً بحقهم حتى الآن .

على أن أياً من أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين لم تصدر حتى الآن كما يصدر القانون ولم تنشر كما ينشر القانون ، ولذلك فهي لاتزال بصفة مشاريع قضى الشارع أن يعمل بها مع ما في ذلك من خطورة تأتي من جراء حرمان المواطن المتقاضي من فهمها وتدقيقها بصورة تمكنه من الدفاع عن حقوقه الحيوية المقدسة . وإن ماعرف من هذه المشاريع يمكن أن نبينه فيما يلي مبوباً حسب المذاهب المسيحية الثلاثة .

١ ـ الطوائف الارثوذكسية :

١٦ ـ إن المعمول به لدى الطوائف الأرثوذكسية هو قانون الحق العائلي لطائفة الروم الأرثوذكس وقانون الأحوال الشخصية للطائفة الأرمنية الأرثوذكسية . والأحوال الشخصية للسريان الأرثوذكس .

٢ ـ الطوائف الكاثوليكية :

١٧ ـ إن المعمول به لدى الطوائف الكاثوليكية في سورية هو قانون الأحوال الشخصية للطوائف الكاثوليكية في سورية وهو قانون موقع من بطريرك انطاكية وسائر المشرق بالنيابة عن كل الطوائف الكاثوليكية في سورية . ونظام سر الزواج للكنيسة الشرقية المعمول بـه في الطوائف الكاثوليكيه الشرقية (الروم الكاثوليك ـ السريان الكاثوليك ـ الموارنة ـ الكلدان ـ اللاتين) . وهو موقع من الرؤساء الروحيين لتلك الطوائف في ١٩٥٢/٣/١٧ وصادر عن البابا بيوس الثاني عشر .

٣ ـ الطائفة الانجيلية :

١٨ ـ إن المعمول بـه لدى الطائفة الإنجيلية هو قانون الأحوال الشخصية للمحاكم المذهبية الانجيلية في سورية ولبنان .

٤ ـ قانون الطائفة الموسوية :

١٩ ـ للطائفة الموسوية قانون للأحوال الشخصية يعرف باسم كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية للموسويين ، وهو مطبوع في القاهرة عام ١٩١٢ .

٢٠ ـ ومما تجدر الإشارة اليه إن القانون المدني لم ينص على شيء من أمور الأحوال الشخصية ، وبذلك بقي جميع السوريين خاضعين لأحوالهم الشخصية الدينية .

٥ ـ أحكام الأحوال الشخصية للطائفة الدرزية :

٢١ ـ يعتبر قانون الأحوال الشخصية السوري نافذاً في المحاكم المذهبية ما عدا ما يخالف الأحكام التالية :

أ ـ يتثبت القاضي من أهلية العاقدين وصحة الزواج قبل العقد .

ب ـ لايجوز تعدد الزوجات .

ج ـ لاتسري أحكام اللعان والرضاع على أفراد الطائفة .

د ـ إذ تزوج شخص بنتاً على أنها باكر ثم ظهر أنها ثيب فإن كان عالماً بذلك قبل دخوله بها فليس له حق المطالبة بشيء من المهر والجهاز ، وإن لم يعلم ذلك إلا بعد الدخول بها فله استرجاع نصف المهر إذا أراد ابقاءها في عصمته وله استرجاع كامل المهر والجهاز إن ثبت أن فض البكارة كان بسبب الزنى وأراد تطليقها .

وإذا ادعى الزوج كذباً أنه وجد زوجته ثيباً وطلبت التفريق منه كان لها أن تستبقي ماقبضته من مهر وجهاز .

هـ ـ إذا حكم على الزوجة بالزنى فللزوج تطليقها واسترجاع ما دفعه من مهر وما بقي من جهاز . وإذا حكم الزوج بالزنى فللزوجة طلب التفريق وأخذ كامل مهرها المؤجل .

و ـ لايقع الطلاق إلا بحكم القاضي وبتقرير منه .

ز ـ لايجوز عودة المطلقة إلى عصمة مطلقها .

ح ـ تنفيذ الوصية للوارث ولغيره بالثلث وبأكثر منه .

ط ـ إن الفرع المتوفى قبل وفاة مورثه تقوم فروعه مقامه ويأخذ نصيبه كما لو كان حياً . (م ٣٠٧ أحوال) .

ويرجع في هذه الأمور إلى القواعد والسنن الموجودة لدى الطائفة الدرزية [1] ولم أعثر على مراجع مطبوعة في هذه الأمور .



(١) المادة ٢ من القانون رقم ١٣٤ لعام ١٩٥٤

المحاكم التي تنظر في مسائل الأحوال الشخصية في سورية

٢٢ ـ تنظر في مسائل الأحوال الشخصية في سورية المحاكم التالية :

١ ـ المحاكم الشرعية .

٢ ـ المحكمة المذهبية للطائفة الدرزية .

٣ ـ المحاكم الروحية .

٤ ـ المحاكم المدنية .

٥ ـ محكمة النقض بدمشق .

وقد نصت على تشكيل المحاكم الثلاث الأولى المادة ٣٣ من المرسوم التشريعي رقم ١٩٦١/٩٨ المتضمن قانون السلطة القضائية في سورية . أما المحكمة المدنية فقد نصت على تشكيلها المادة ٤٠ من قانون السلطة القضائية . ومحكمة النقض نصت عليها المادة ٤٤ من نفس القانون .

١ ـ المحاكم الشرعية :

٢٣ ـ تؤلف المحكمة الشرعية من قاض واحد يدعى (القاضي الشرعي) (ف ١ من المادة ٣٤ سلطة قضائية) ويجب أن تتوافر في تعيين القاضي الشرعي الشروط الواجب توافرها في تعيين القضاة . والمحكمة الشرعية وإن كانت تعتبر محكمة بدائية إلا أنها تختلف عن المحاكم البدائية المدنية إذ أن أحكامها لا تقبل الاستئناف وإنما تصدر بالدرجة النهائية قابلة للطعن بالنقض ،

وبما أن القانون قد منع المتداعين في القضايا البدائية أن يمثلوا أمام المحاكم البدائية إلا بواسطة محامين يمثلونهم بمقتضى سند توكيل بدائي رسمي مصدق من نقيب المحامين أصولاً فقد استثنى المشروع من ذلك القضايا الشرعية عدا دعاوى النسب والارث والوقف.

(ف ج من المادة ١٠٤ أصول) .

٢ ـ المحكمة المذهبية للدروز :

٢٤ ـ تتألف المحكمة المذهبية للدروز من قاض شرعي واحد من أبناء الطائفة الدرزية يدعى قاضي المذهب ، ويعين هذا القاضي بمرسوم بعد أخذ رأي وزير العدل وموافقة مجلس القضاء الأعلى على أن تتوافر في تعيينه الشروط الواجب توافرها في تعيين القضاة. وأحكامها تقبل الطعن بالنقض ولا تقبل الاستئناف (م ٣٥ سلطة قضائية) وقد كانت أحكام المحكمة المذهبية تستأنف إلى محكمة الاستئناف المذهبية إلا أن تلك المحكمة الأخيرة ألغيت بموجب المادة ١٠ من قانون السلطة القضائية رقم ٥٦ لعام ١٩٥٩ وشكل من قضاتها دائرة باسم دائرة الافتاء للمذهب الدرزي .

٣ ـ المحاكم الروحية :

٢٥ ـ نصت المادة ٣٦ من قانون السلطة القضائية السوري على أن تبقى المحاكم الروحية للطوائف غير الاسلامية واختصاصاتها خاضعة للأحكام النافذة قبل القرار ٦٠ ل.ر تاريخ ١٣/٣/١٩٣٦ .

ومن الرجوع إلى أحكام القرار المذكور والأحكام النافذة قبل صدوره نجد بأن المشرع قد أجاز لكل طائفة من الطوائف التي اعترف فيها القانون

٦٠ ل.ر كطوائف ذات نظام شخصي أن تكون لديها محاكمها الروحية وأن يكون لنظامها قوة القانون .

والطوائف هي : (المارونية ـ الروم الأرثوذكس ـ الكاثوليكية الملكية ـ الأرمنية الغريغورية الأرثوذكسية ـ الأرمنية الكاثوليكية ـ السريانية الأرثوذكسية ـ السريانية الكاثوليكية ـ الأشورية الكلدانية النسطورية ـ الكلدانية ـ اللاتينية ـ البروتستانتية) .

هذا بالنسبة للمسيحيين . أما بالنسبة لليهود فقد اعترف القرار بطائفتين وهما : كنيس حلب وكنيس دمشق .

والمحاكم الروحية على درجتين بدائية واستئنافية ، وتشكل البدائية من قاض واحد فرد ما عدا محكمة البداية الروحية للسريان الكاثوليك فتتألف من ثلاثة قضاة[1] . أما المحاكم الاستئنافية فتتألف من ثلاثة قضاة : رئيس وقاضيين ، وتوجد في كل مطرانية محكمة بدائية تخضع أحكامها للاستئناف أمام المحكمة الاستئنافية التي فيها المقر البطريركي . وقضاة هذه المحاكم يعينون وفقاً لنظام الطائفة ولا يشترط فيهم ما يشترط في القاضي من شروط حتى أننا قرأنا أن أحد رؤساء محاكم الاستئناف الروحية بدمشق يجهل حتى اللغة العربية ولا يحمل أية شهادة علمية[2] وهذا من غرائب الأمور .[3]

(١) محامون لعام ١٩٧٢ ص ٢٧٧ .

(٢) محامون لعام ١٩٧٢ ص ٢٧٨ .

(٣) تتشكل محكمة الاستئناف الروحية الارثوذكسية من أحد مطارنة الأبرشيات رئيساً ومن الأسقف الفخري وارشمندريت داخليين وارشمندريت مستشاراً ملازماً ، ولا فرق بين رتبه المطران وبين الأسقف الفخري وبين البروتوسنجلوس والارشمندريت في جوهر الوظيفة ، مما يجوز معه تأليف محكمة الاستئناف من أي منها .
(قانون لعام ١٩٥٦ ص ٣٢١)

٤ ـ المحاكم المدنية :

٢٦ ـ تتألف محكمة البداية المدنية من قاض منفرد يدعى القاضي البدائي (م ٤٠ سلطة قضائية) ويشترط فيه ما يشترط في تعيين القضاة من شروط .

٥ ـ محكمة النقض :

٢٧ ـ محكمة النقض مركزها دمشق وتؤلف من رئيس ونواب رئيس ومستشارين وتقسم إلى دوائر ، وتنظر في قضايا الأحوال الشخصية دائرتان من دوائرها وهما :

١ ـ الدائرة المدنية والتجارية .

٢ ـ دائرة الأحوال الشخصية .

(المواد ٤٤ ـ ٤٥ ـ ٤٦ ـ ٤٨ من قانون السلطة القضائية) .

محكمة التمييز الروحية :

٢٨ ـ طلعت علينا مجلة المحامون في عددها السابع لعام ١٩٧٢ بمقال للمحامي الأستاذ سهيل أيوب يلفت النظر فيه إلى اطلاعه على حكم صادر عن محكمة تمييز روحية بدمشق تابعة لبطريركية انطاكية وسائر المشرق صادر بتاريخ ٦/١٢/١٩٦٩ ، وينوه الأستاذ أيوب فيمقاله إلى الأخطاء المرتكبة في اصدار هذا الحكم ومن ثم يتساءل هل يحق لمحكمة النقض ممارسة صلاحياتها في مراقبة قانونية هذا القرار أو عدم قانونيته .

ومن الرجوع إلى المادة ٤٦ من قانون السلطة القضائية السوري لعام ١٩٦١ نرى أنها جعلت الاختصاص معقوداً للدائرة المدنية والتجارية لدى

محكمة النقض السورية للنظر في مخالفة الأحكام المذهبية أو الروحية لقواعد الأصول والقانون وفي قابليتها للتنفيذ .

وهذا يعني أن الطعن بالأحكام الروحية لا يكون إلا أمام محكمة النقض بدمشق مما يجعل الطعن الوارد أمام أي محكمة أخرى مخالفاً لقانون السلطة القضائية وبالتالي يعتبر الحكم الصادر عن المرجع التمييزي الروحي حكماً باطلاً لا يقبل التنفيذ ، لأن المادة ٤٦ من قانون السلطة القضائية تعني الالغاء الضمني لأي محكمة تمييز أخرى غير محكمة النقض للنظر في الطعون الواردة على الأحكام الروحية الصادرة في الدرجة النهائية .



الأصول المتّبعة أمام محاكم الأحوال الشخصيّة

٢٩ ـ يطبق قانون أصول المحاكمات السوري على اجراءات التقاضي أمام جميع محاكم الأحوال الشخصية في سورية سواء كانت شرعية أم مذهبية أم روحية . وهذا ما نصت عليه المادة ٣٣ من المرسوم التشريعي رقم ٩٨ تاريخ ١٩٦١/١١/١٥ والتي جاء فيها : بأن المحاكم الشرعية والمحاكم المذهبية للطائفة الدرزية والمحاكم الروحيـة تطبق أصول المحاكمات الخاصة بمحاكم البداية في القضايا البسيطة .

وقـد تأيد ذلك باجتهاد محكمة النقض السورية رقم ٩٥٠ قرار ١٩٢ تاريخ ١٩٦٩/٥/٧ والقاضي بما يلي :

« إن المادة ٣٣ من قانون السلطـة القضائية نصت على الزام المحاكم الروحية بتطبيق أصول المحاكمات الخاصة بمحاكم البداية في القضايا البسيطة ، وإن المفهوم الفني لهذا النص هو وجوب خضوع المحاكم الروحيـة لقانون أصول المحاكمات السوري ، إذ لا وجه لإخضاع المحاكم البدائيـة الروحية للأصول الخاصة بمحاكم البداية في القضايا البسيطة إذا لم تكن في الأصل خاضعة للقواعد العامة المنصوص عنها في قانون أصول المحاكمات » . [١]

وقد أورد قانون أصول المحاكمات السوري نصاً خاصاً بالأصول المطبقة أمام المحاكم الشرعية فنصت الفقرة ١ من المادة ٥٤٧ منه على ما يلي :

---

(١) ـ محامون لعام ١٩٧٢ ـ عدد ٧ ص ٢٧٥

« تقام الدعوى (أمام المحكمة الشرعية) وتجري المحاكمة وفقاً للاجراءات الخاصة بمحاكم البداية في القضايا البسيطة »[1] فلما جاء قانون السلطة القضائية ألزم بقية محاكم الأحوال الشخصية بتطبيق قانون أصول المحاكمات المدنية كما رأينا آنفاً. ومن الطبيعي أن تطبق محاكم البداية المدنية قانون أصول المحاكمات المدنية عندما تنظر في قضية من قضايا الأحوال الشخصية الداخلة ضمن اختصاصها لان قانون الاصول إنما صدر ليطبق فيها. وتصدر المحكمتان الشرعية والمذهبية الدرزية أحكامها في قضاء الخصومة بالدرجة النهائية أما المحكمة البدائية الروحية والمحكمة البدائية المدنية فتصدر أحكامها بالدرجة الأولى ، ولا يصدر الحكم بالدرجة النهائية إلا عن المحكمة الاستئنافية الروحية والاستئنافية المدنية ، ومن المعلوم أن الحكم الصادر بالدرجة النهائية هو الذي يقبل الطعن بالنقض فقط.

- الأصول المطبقة أمام محكمة الاستئناف الروحية :

٣٠ - عند الطعن في أحكام محكمة البداية الروحية أمام محكمة الاستئناف الروحية في سورية . فان هذه المحكمة تطبق بالنسبة للأحكام الصادرة في سورية ، أصول المحاكمات السوري ، وتطبق بالنسبة للأحكام الصادرة في لبنان ، قانون أصول المحاكمات اللبناني .

وتقبل الأحكام التي تصدرها محكمة الاستئناف الطعن بالنقض أمام محكمة النقض السورية إذا كانت

---

(١) يقصد بالأصول الخاصة بالقضايا البسيطة أن الدعوى غير خاضعة لتبادل اللوائح .

صادرة نتيجة استئناف حكم بدائي صدر عن محاكم مركزهـا إحدى المدن السورية ، أما الأحكام التي تصدرها نتيجـة استئناف أحكام صادرة عن محاكم بدائية مركزها إحدى المدن اللبنانية فلا تقبل الطعن أمـام محكمة النقض السورية على اعتبار أنها صادرة عن محكمة لبنانية [1] .

(١) محامون لعام ١٩٦٦ — العددان ٢ — ٣ ص ٣٩ .

طرق الطّعن في الأحكام

١ - الطعن في الأحكام الصادرة في قضاء الولاية :

٣١ — استقر اجتهاد محكمة النقض الموقرة بدمشق على أن القرارات الصادرة في غرفة المذاكرة وبالصفة الادارية ، كتعيين الأوصياء ، وتعيين الورثة وتحديد انصبائهم في الارث وغيرها لا تقبل الطعن بطريق النقض ، وإنما يراجع بشأنها قضاء الخصومة [1] عملاً بأحكام المادة ٥٣٩ من قانون أصول المحاكمات .

ويحق للقاضي بعد دعوة الخصوم إبطال تلك الأحكام أو تعديلها على ضوء الثبوتيات التي يقدمها الخصوم ، وان الاعتراض على تلك الأحكام لا يتقيد بمدة معينة ، إلا أن قرار القاضي النـاظر في الاعتراض يقبل الطعن نقضاً وفق الأصول والمواعيد المقررة قانوناً للطعن في الأحكام الصادرة بالدرجة النهائية .

٢ - الطعن في الأحكام الصادرة في قضاء الخصومة :

الأحكام الصادرة في قضاء الخصومة إما أن تكون أحكاماً عادية وإما أن تكون مستعجلة .

آ - الطعن في الأحكام العادية :

٣٢ — تصدر المحكمتان الشرعيـة والمذهبية أحكامها بالدرجة النهائية ، ولذلك فهي تقبل الطعن بالنقض عملاً بأحكام المادتين ٢٥٠ - ٥٤٧ من قانون أصول المحاكمات والمادة ٣٥ من قانون السلطة القضائية .

---

(١) - قرار ٥٦٧ - المحامون لعام ١٩٦٨ - عدد ١٢ ص ٤١٦ .

أما المحكمتان الروحية والمدنية فتصدر أحكامها بالدرجة الأولى ، ولذلك فهي قابلة للطعن أمام محاكم الاستئناف ، أي أمام محكمة الاستئناف المدنية بالنسبة لأحكام المحكمة البدائية المدنية ومحكمة الاستئناف الروحية بالنسبة لأحكام المحكمة البدائية الروحية ، وهذه القرارات الصادرة عن محاكم الاستئناف هي فقط التي تكون قابلة للطعن بالنقض (م ٢٥٠ معدلة من قانون أصول المحاكمات) ، ولا تكون أحكام المحاكم الروحية أو المذهبية قابلة للطعن نقضاً أثناء قيام الدعوى إلا إذا كان الطعن متعلقاً بالاختصاص[١] .

ويكون الطعن بالنسبة لأحكام المحاكم الشرعية أمام الغرفة الشرعية في محكمة النقض (م ٤٨ سلطة قضائية) أما بالنسبة لأحكام المحكمة المذهبية والمحاكم الروحية والمدنية فإنه يكون أمام الدائرة المدنيـة والتجارية لدى المحكمة المذكورة (م ٤١ من قانون السلطة القضائية) .

ب ـ الطعن في الأحكام المستعجلة :

٣٣ ـ ان جميـع القرارات المستعجلة سواء كانت صادرة عن محكمة شرعية أو مذهبيـة أو روحية أو مدنية لا تقبل الطعن نقضاً وإنما تصدر قابلة للاستئناف ، وقرار محكمة الاستئناف قطعي لا يقبل أي طريق من طرق المراجعة « وذلك عملاً بأحكام المادة ٢٢٧ من قانون أصول المحاكمات التي جاء فيها ما يلي :

ـ يجوز استئناف الأحكام الصادرة في المواد المستعجلة أياً كانت المحكمة التي أصدرتها ، وتبت المحكمة المختصة في هذا الاستئناف بقرار لا يقبل أي طريق من طرق الطعن .

---

(١) ـ قرار ٥٥١ تاريخ ١٩٦٣/١١/٢٤ ـ القاعدة ٥٣٧ من مجموعة القواعد القانونية الشرعية السورية .

هذا إذا أراد الخصم أن يطعن بالقرار المستعجل بصورة مستقلة ، أما إذا أراد أن يطعن بـه مع الحكم النهائي فان له ذلك ، ويكون مرجع الطعن نفس المرجع الذي يكون من حقه النظر في الطعن بالحكم النهائي .

ومما يجدر التنويه إليه أن من حق القاضي قبل انتهاء الدعوى أن يصلح أو ينقض أو يعدل القرار التمهيدي المستعجل على أساس أنه لا يعدو أن يكون قراراً اعدادياً يملك القاضي الرجوع عنه [1] ، ولذلك كان من حق المتخاصمين أن يناقشوا هذا القرار ويطلبوا من القاضي الرجوع عنه إذا لم يتبعوا طريق استئنافه بصورة مستقلة .

الطعن في الحجز :

الحجز هو تدبير مستعجل أناط القانون اتخاذه بالمحكمة الشرعية دون المحاكم الروحية والمذهبية مع بقاء الاختصاص للمحكمة المدنية لإلقاء الحجز في مسائل الأحوال الشخصية الداخلة ضمن اختصاصها .

وتصدر المحكمة قرارها بالحجز في غرفة المذاكرة وينفذ بواسطة دائرة التنفيذ (م ٣١٨ أصول محاكمات) .

وللمحجوز عليه أن يطعن في الحجز الاحتياطي بدعوى مستقلة خلال ثمانية أيام تلي تاريخ تبليغه صورة القرار ويقدم الطعن إلى المحكمـة التي قررت الحجز (ف ١ من المادة ٣٢١ أصول محاكمات) ويصدر الحكم برد طلب القاء الحجز الاحتياطي أو رفعـه قابلًا للطعن بالطرق المقررة للحكم الصادر بأصل الحق (م ٣٢٢ أصول محاكمات) .

---

(١) - نقض دمشق قرار ٣٦٣ تاريخ ١٩/١٠/١٩٦٦ - القاعدة ٥٣٨ من مجموعة القواعد القانونية الشرعية السورية .

الطعن في الأحكام القطعية :

إذا حاز الحكم قوة القضية المقضية امتنع الطعن به بالطرق الاعتيادية وبقي قابلاً للطعن بالطرق الاستثنائية وهي اعتراض الغير واعادة المحاكمة.

أ ـ اعتراض الغير :

٣٥ ـ لكل متضرر من حكم لم يكن خصماً فيه أن يعترض عليه، وفي حال ثبوت الضرر يجرح الحكم بمقدار ما يضره . (انظر المادة ٢٦٦ أصول محاكمات) . واعتراض الغير أصلي وطارىء ، فاعتراض الغير الأصلي يقدم إلى المحكمة مصدرة الحكم . أما اعتراض الغير الطارىء فيقدم إلى المحكمة الناظرة في الدعوى شريطة أن تكون مساوية أو أعلى درجة من المحكمة مصدرة الحكم (م ٢٦٧ أصول) ولا يترتب على تقديم اعتراض الغير وقف تنفيذ الحكم مالم تقرر المحكمة خلاف ذلك (م ٢٧٠ أصول) . وقد استقر الاجتهاد على أنه ليس للوارث حق اعتراض الغير على حكم كان مورثه ممثلاً فيه لأن الوارث يعتبر خلفاً عاماً للمورث مما يجعله ممثلاً بالدعوى لتمثيل مورثه فيها ولا يقبل اعتراض الغير ممن كان ممثلاً في الدعوى (١) .

إلا أنه يحق للوارث أن يستعمل حقه في اعتراض الغير إذا مثله أحد الورثة في الدعوى التي لمورثه أو عليه وصدر الحكم مشوباً بغش أو حيلة (ف ٣ من المادة ٢٦٦ أصول) .

ب ـ إعادة المحاكمة :

٣٦ ـ يجوز للخصوم أن يطلبوا إعادة المحاكمة في الأحكام التي حازت قوة القضية المقضية عند تحقق إحدى الحالات التالية :

---

(١) نقض دمشق قرار ١٧٤٢ تاريخ ١٩٦٥/٨/٩ ، القاعدة ٥٢٩ من مجموعة القواعد القانونية الشرعية السورية .

أ ـ إذا وقع من الخصم غش كان من شأنه التأثير في الحكم .
ب ـ إذا أقر الخصم بعد الحكم بتزوير الأوراق التي بني عليها أو إذا قضي بتزويرها .
جـ ـ إذا كان الحكم قد بني على شهادة شاهد قضي بعد صدوره بأنها كاذبة .
د ـ إذا حصل طالب الاعادة بعد صدور الحكم على أوراق منتجة في الدعوى كان خصمه قد حال دون تقديمها .
هـ ـ إذا قضى الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه .
و ـ إذا كان منطوق الحكم مناقضاً بعضه لبعض .
ز ـ إذا صدر الحكم على شخص ناقص الأهلية أو على جهة الوقف أو على أحد أشخاص القانون العام أو أحد الأشخاص الاعتبارية ولم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً في الدعوى .
ح ـ إذا صدر بين الخصوم أنفسهم وبذات الصفة والموضوع حكمان متناقضان (المادة ٢٤١ أصول محاكمات) .

حـ ـ تصحيح الأحكام وتفسيرها :

٣٧ ـ يجوز للخصوم أن يطلبوا من المحكمة مصدرة الحكم تفسيره أو تصحيح ما وقع فيه من أخطاء مادية كتابية أو حسابية على ألا يشمل هذا التصحيح تعديل الحكم (المواد ٢١٤ ـ ٢١٧ أصول) .
ويجوز الطعن في القرار الصادر بالتصحيح إذا تجاوزت المحكمة فيه سلطة التصحيح إلى سلطة التعديل وذلك بطريق الطعن الجائزة في الحكم

موضوع التصحيح (م ٢١٥ أصول) ولا يجوز الطعن مستقلاً في القرار برفض التصحيح .

- الشروط الشكلية للطعن بالنقض :

٣٧ - يشترط كي يقبل الحكم الطعن بالنقض أن يكون الحكم صادراً في قضاء الخصومة أولاً وأن يكون صادراً عن محكمة سورية ثانياً وأن يكون الطعن مقدماً من محام استاذ ، وانابة الوكيل غيره لاتغني عن الوكالة، [1] ويجب أن يكون الطعن مقدماً ضمن المدة القانونية ويشتمل على بيان بأسباب النقض (م ٢٥٢أصول محاكمات) .

- مواعيد الطعن :

٣٩ - ميعاد الطعن بالنقض ثلاثون يوماً وميعاد الاستئناف للأحكام العادية خمسة عشر يوماً وللأحكام المستعجلة خمسة أيام ، والميعاد خمسة عشر يوماً لاعادة المحاكمة ، ومدة سقوط الحق بالتقادم بالنسبة لاعتراض الغير . وثمانية أيام للاعتراض على الحجز .

- بدء مواعيد الطعن :

٤٠ - يبدأ الميعاد بالنسبة للأحكام القابلة للطعن بطريق اعتيادي اعتباراً من اليوم الذي يلي تاريخ تبليغ الحكم (فقرة ٢ من المادة ٢٢٩ أصول).

---

(١) القواعد - ٥٣٥ - ٥٣٦ - ٥٤٢ - من مجموعة القواعد القانونية الشرعية السورية .

وقد استقر الاجتهاد على أن تاريخ تبليغ استدعاء الطعن يعتبر بدءاً لمرحلة الطعن بالحكم بالنسبة للخصم المبلغ وأن تاريخ اخراج الحكم من قبل المدعي وابلاغه للمدعى عليه يعتبر مبدأ لمهلة الطعن بالنسبة للمدعي .[1]

ويبدأ الميعاد بالنسبة لاعادة المحاكمة اعتباراً من اليوم الذي يلي ظهور الغش أو الذي أقر فيه بالتزوير فاعله أو حكم بثبوته أو الذي حكم فيه على الشاهد بأنه كاذب أو اليوم الذي ظهرت فيه الورقة المحتجزة اذا كان طلب اعادة المحاكمة بسبب احدى هذه الأسباب . أما إذا كان الطلب لأن الحكم قضى بشيء لم يطلبه الخصوم أو كان مناقضاً لنفسه فإن الميعاد يبدأ اعتباراً من اكتساب الحكم الدرجة القطعية . وإذا كان الطلب بسبب أن المحكوم ناقص الأهلية فإن الميعاد يبدأ من اليوم الذي يلي تبليغ الحكم إلى من يمثل المحكوم عليه تمثيلاً صحيحاً . أما إذا كان الطلب بسبب صدور حكمين متناقضين فإن الميعاد يبدأ من تاريخ تبليغ الحكم الثاني . (م ٢٤٢ أصول) .

(١) القاعدتان ٥٤٧ - ٥٤٨ من مجموعة القواعد القانونية الشرعية السورية .

قواعد الاختصاص

الاختصاص نوعان :

آ ـ اختصاص داخلي .

ب ـ اختصاص دولي .

آ ـ الاختصاص الداخلي :

وهو نوعان أيضاً :

١ ـ اختصاص محلي

٢ ـ اختصاص نوعي .

١ ـ الاختصاص المحلي :

٤١ ـ يقصد بالاختصاص المحلي مجموع القواعد التي تبين المحكمة المختصة من بين عدة محاكم من نوع واحد موزعة في أمكنة مختلفة للنظر في قضية معينة » .

وقد نصت المادة ٥٤٣ أصول على مايلي :

« تخضع المحاكم الشرعية لقواعد الاختصاص المحلي المنصوص عليه في هذا القانون » .

وإن قواعد الاختصاص المحلي في قانون أصول المحاكمات الحقوقية السوري تقضي بأن ينعقد الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه إلا ما استثناه القانون بنص خاص .

وبالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية فقد استثنى القانون من محكمة موطن المدعى عليه الدعاوى المتعلقة بالنفقة والحضانة والرضاع ، فأجاز رفعها أمام محكمة موطن المدعي أو موطن المدعى عليه (م ٩٠ أصول) .

٤٢ ــ واستقر الاجتهاد على أن كلمة (دعاوى) تشمل طلب الحضانة وطلب اسقاطها [١] وذلك بخلاف طلب الولي الولد من مطلقته بعد بلوغه السن القانونية ، لأنها دعوى ولاية وليست دعوى حضانة ، ولا تقام إلا في موطن المدعى عليها الزوجة وليس في موطن المدعي الزوج [٢] وإذا تعدد المدعى عليهم كان الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن أحدهم .

أما إذا لم يكن للمدعي عليه موطن ولا سكن في سورية ولم يتيسر تعيين المحكمة المختصة بمقتضى الأحكام المتقدمة يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعي او سكنه ، فإن لم يكن له موطن ولا سكن في سورية كان الاختصاص لمحكمة دمشق (م ٩٣ اصول) .

٤٣ ــ واستثنى القانون ايضاً من محكمة موطن المدعى عليه الأمور التالية :

١ ــ إعطاء الاذن بالزواج : عملاً بأحكام المادة ٥٤٤ اصول التي نصت على ما يلي :

« يكون إعطاء الاذن بالزواج من اختصاص المحكمة التي يقع في دائرتها موطن احد الزوجين » .

---

(١) القرار المنشور في القانون لعام ١٩٦٢ العدد ٣ ص ٣٠٣ . (نقض دمشق) .
(٢) القرار رقم ٤٦ المنشور في المحامون لعام ١٩٦٧ ص ٢٦ (نقض دمشق)

٢ ـ إعطاء الاذن لادارة شؤون القاصر : عملاً بأحكام المادة ٥٤٥ اصول التي جاء فيها ما يلي :

« يكون اعطاء الاذن بخصوص ادارة شؤون القاصر من اختصاص المحكمة التي يقع في دائرتها موطن الولي أو الوصي أو المحكمة التي يقع في دائرتها أحد عقارات التركة » .

٣ ـ نصب الوصي : عملاً بأحكام المادة ٥٤٦ أصول التي جاء فيها ما يلي :

ويكون نصب الوصي من اختصاص المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المتوفي أو الموصى إليه » .

٤ ـ الاجراءات المؤقتة عملاً بأحكام المادة ٩١ أصول التي جاء فيها مايلي :

« أما في حال وجود اجراءات مؤقته أو مستعجلة فيكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه أو المحكمة المطلوب حصول الاجراء في دائرتها . واستقر الاجتهاد على أن تنظيم صك الزواج في دائرة محكمة ما لا يخولها صلاحية رؤية النزاع الناشيء عنه[1] وإنما يبقى الاختصاص خاضعاً للقواعد القانونية التي ذكرناها آنفاً .

٤٤ ـ وتطبق هذه الأصول أيضاً على المحاكم الروحية أما المحاكم المذهبية فلا يوجد منها سوى محكمة واحدة لا يشمل اختصاصها إلا أبناء الطائفة الدرزية المقيمين في منطقتها ، أما أبناء الطائفة المقيمون خارج منطقة المحكمة فإن المحكمة الشرعية هي المختصة في جميع المنازعات القائمة بينهم

(١) القرار المنشور في القانون لعام ١٩٦٧ العدد ٩ ص ٨١٥ (نقض دمشق)

وفقاً لقواعد الاختصاص المحلي المبينة سابقاً حسبما استقر على ذلك اجتهاد محكمة النقض بدمشق .

الدفع بعدم الاختصاص المحلي :

٤٥ ــ من المعروف أن الاختصاص المحلي ليس من النظام العام ، ولذلك كان على من يريد التمسك به أن يدفع بذلك قبل أي دفع آخر في الدعوى ، والا سقط الحق فيه (م ١٤٥ أصول) .

فإذا دفع المدعى علية بعدم الاختصاص المحلي ووجدت المحكمة بأن الدفع جدير بالقبول وجب عليها أن تحيل الدعوى برمتها إلى المحكمة المختصة ، ويجوز لها عندئذ أن تحكم على المدعي بغرامة لا تتجاوز المائة ليرة سورية تمنح كلها أو بعضها للخصم الآخر على سبيل التعويض (م ١٤٧ أصول)

أما إذا اتفق الخصوم على التداعي أمام محكمة غير المحكمة المرفوعة إليها الدعوى فعند ذلك تقرر هذه المحكمة إحالة الدعوى إلى المحكمة التي اتفقوا عليها (م ١٤٨ أصول) .

وإذا تبين للمحكمة أن الدعوى من اختصاص محكمة خارجية ، فليس لها أن تحيل الدعوى اليها وإنما تكتفي المحكمة السورية برد الدعوى لعدم الاختصاص .

٢ ـ الأختصاص النوعي

وهو سلطة المحكمة للحكم في قضية معينة .

وقد عين القانون اختصاص كل محكمة من محاكم الأحوال الشخصية بالنسبة لطبيعة النزاع وعقيدة المتنازعين الدينية .

آ ــ اختصاص المحاكم الشرعية

للمحاكم الشرعية اختصاصان :

١ ـ اختصاص وطني

٢ ـ اختصاص ديني

١ - الاختصاص الوطني :

ويشمل هذا الاختصاص جميع السوريين بغض النظر عن الدين والمعتقد، فمتى كان أحد الزوجين سوريا كانت المحكمة الشرعية هي المختصة للنظر والحكم نهائياً في الأمور التالية :

١ ــ الولاية والوصاية والنيابة الشرعية .

٢ ــ اثبات الوفاة وتعيين الحصص الشرعية للورثة .

٣ ــ الحجر وفكه وإثبات الرشد .

٤ ــ المفقود .

٥ ــ النسب

٦ ــ نفقة الأقارب من غير الزوجين والأولاد .

(م ٥٣٥ أصول) .

ومن الطبيعي لقاء ذلك ان تخرج هذه الأمور من اختصاص المحكمة المذهبية للدروز والمحاكم الروحية عامة . إلا ما أدخله القانون في اختصاصها بنص خاص كالإرث بالنسبة للمحكمة المذهبية (م ٢ من القانون ١٣٤ لعام ١٩٥٤) .

٤٧ ـ وقد استقر اجتهاد محكمة النقض بدمشق على ما يلي :

ـ « إن المحكمة الشرعية لا تختص للنظر في قضايا الوقف الخيري لغير المسلمين » [١] .

ـ « إن المحكمة الشرعية لا تختص في تعيين المساعد القضائي للأبكم والأصم » . [٢]

ـ « تنظر المحكمة الشرعية في دعوى محاسبة الوصي عما قبضه من بدل الايجار وليس لها أن تحكم ببدل الايجار أو نفقات الاصلاح » . [٣]

ـ « المحاكم الشرعية تختص بتقسيم الحصص الارثية ولا تدخل في المنازعات على الأموال الموروثة » . [٤]

ـ « إن دعوى التخارج من التركة من اختصاص المحكمة الشرعية » . [٥]

ـ « إن قضايا الوصاية من وظائف المحكمة الشرعية ، وكلمة (القضايا) تشمل كل قضية موضوعها الوصاية أو الحق الناشيء عنها » . [٦]

ـ « إن المحكمة الشرعية غير مختصة لتقرير نفقة الورثة من التركة حتى انتهاء التصفية لأن ذلك من اختصاص قاضي الصلح » . [٧]

---

(١) نقض دمشق رقم ٥٦٤ ـ محامون لعام ١٩٦٨ عدد ١٢ ص ٤١٥ .
(٢) نقض دمشق رقم ٤٥٥ ـ محامون لعام ١٩٦٦ عدد ٨ ص ٢٧٥ .
(٣) نقض دمشق رقم ٨٠٧ ـ محامون لعام ١٩٦٥ عدد ١٢ ص ٥٥٩ .
(٤) نقض دمشق رقم ٤٥٤ ـ محامون لعام ١٩٦٦ عدد ٨ ص ٢٧٥ .
(٥) نقض دمشق مؤرخ ٢٧/١٢/١٩٥٨ ـ القانون لعام ١٩٥٩ ص ١٠١ .
(٦) نقض دمشق رقم ٣٢٣ ـ القانون لعام ١٩٦٠ ص ٦٨٠ .
(٧) نقض دمشق رقم ١٠٧ ـ محامون لعام ١٩٦٤ ص ٥٦ .

٢ - الاختصاص الديني:

٤٨ - تختص المحكمة الشرعيه بالحكم نهائياً في قضايا الأحوال الشخصية للمسلمين السوريين وغير السوريين متى كانوا يتبعون في بلادهم الشريعة الاسلامية. ويشمل هذا الاختصاص الديني الأمور التالية:

١ - الزواج.
٢ - انحلال الزواج.
٣ - المهر والجهاز.
٤ - الحضانة والرضاعة.
٥ - النفقة بين الزوجين والأولاد.
٦ - الوقف الخيرى من حيث حكمه ولزومه وصحة شروطه.

(م ٥٣٦ أصول محاكمات).

وينعقد الاختصاص للمحكمة الشرعية متى كان أحد الزوجين مسلماً [١]. ولذلك استقر الاجتهاد على أن المحكمة الشرعية هي المختصة للنظر في دعاوى الزواج والطلاق إذا اعتنق أحد الزوجين المسيحيين الإسلام [٢] وأن الحكم الصادر عن محكمة روحية أحد الطرفين فيها مسلم غير قابل للتنفيذ [٣] وأن المحكمة الشرعية هي المختصة بابطال زواج المسلمة من غير المسلم [٤] وأنها تنظر بصفتها الدينية هذه في قضايا الدروز المقيمين في منطقتها على أساس

---

(١) نقض دمشق - القانون لعام ١٩٥٥ العدد ٥ ص ٤٥١.
(٢) نقض دمشق - القانون لعام ١٩٦٢ ص ٨٩١.
(٣) نقض دمشق - القانون لعام ١٩٥٤ ص ٨٠٣.
(٤) نقض دمشق - نقابة المحامين لعام ١٩٦٣ ص ٥.

أنهم مسلمون [1] وأن المحكمة الشرعية غير مختصة للنظر في دعوى اخراج المطلقة من دار الزوجية بعد انقضاء عدتها [2].

تنفيذ الأحكام الروحية على المسيحي اذا اعتنق الاسلام :

٤٩ ـ إذا اعتنق المسيحي الاسلام بعد أن صدر ضده حكم من المحاكم الروحية أصبح الاختصاص معقوداً للمحكمة الشرعية التي لها وحدها الحق في انهاء مفعول ذلك الحكم وفقاً لأحكام الأحوال الشخصية المطبقة على المسلمين وعلى هذا استقر الاجتهاد . فقد جاء في قرار لمحكمة النقض السورية (الهيئة العامة) ما يلي :

« لما كان التشريع النافذ يخول المسيحي اعتناق الدين الاسلامي فيصبح بذلك مسلماً تطبق عليه الأحكام التي تطبق على المسلمين فيما يتعلق بالأحوال الشخصية ، وكان القراران المتعلقان بنظام الطوائف لا يطبقان على المسلمين بموجب القرار ٥٣ ل.ر تاريخ ١٩٣٩/٣/٣٠ ، ولما كان ظاهراً من فحوى المادة ٦٠ من قانون النفوس انما وضعت للحالات التي ينتقل فيها الزوجان معاً من مذهب إلى مذهب ولا شأن لها بالنسبة للمسيحي الذي يعتنق الاسلام وتصبح المحكمة الشرعية هي المرجع للنظر في الأحوال الشخصية المتعلقة به ومثل ذلك يقال بالنسبة للمادة ٣٠٨ من قانون الأحوال الشخصية والمادة ٣١ من قانون السلطة القضائية والمادة ٥٣٦ أصول محاكمات ، ولما كان الحكم الشرعي قد تضمن ايقاع الطلاق ورفع النفقة المفروضة على المدعى

---

(١) نقض دمشق ـ القانون لعام ١٩٦٤ ص ١٠ .

(٢) نقض دمشق ـ نقابة المحامين لعام ١٩٦٢ ص ١٩٨ .

عليه قبل اعتناق الاسلام ويوم كان تابعاً للمحاكم الروحية ، ولما كان الحكم الشرعي قد تضمن إيقاع الطلاق ورفع النفقة لعدم اعطاء الحكم الروحي قابلية التنفيذ ، لذلك تقرر باجماع آراء الهيئه العام اعتبار الحكم الشرعي رقم ٣٠٨ صادراً عن محكمة مختصة واجب التنفيذ واعتبار الحكم الروحي رقم ٨٠ لم يعد واجب التنفيذ اعتباراً من التاريخ المذكور في الحكم الشرعي » .[١]

اختصاص المحاكم الشرعية في الأمور المستعجلة

٥٠ ـ نصت المادة ٥٣٧ من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري على ما يلي :

١ ـ تحكم المحكمة الشرعية في الطلبات المستعجلة المتعلقة بالأمور الداخلة في إختصاصها بمقتضى المواد السابقة .

٢ ـ للمحكمة الشرعية أن تحجز حجزاً احتياطياً في الدعاوى المالية وتفصل في دعاوى الاستحقاق المتفرعة عن الحجز .

ويلاحظ من نص هذه المادة أن الإختصاص المستعجل جاء حصراً في المحاكم الشرعية دون المحاكم الروحية أو المذهبية . بدليل قول المشرع « تحكم المحكمة الشرعية » وعدم قوله « تحكم محكمة الأحوال الشخصية » وعلى هذا استقر إجتهاد محكمة النقض بدمشق[٢]

---

(١) القاعدة ٥٧٢ ـ من مجموعة القواعد القانونيةالسورية للأحوال الشخصية .

(٢) القاعدة ٥٩٠ من مجموعة القواعد القانونية الشرعية السورية . هذا اذا رفع الطلب المستعجل بصورة مستقلة ، أما إذا كان طلباً متفرعاً عن دعوى أصلية فإن للمحكمة الروحية او المذهبية الفصل فية إذا كان مما يدخل ضمن اختصاصها الموضوعي .

أما في دعاوى الاستحقاق فإذا كانت الدعوى متفرعة عن حجز قامت به المحكمة الشرعية كانت المحكمة الشرعية هي المختصة للنظر فيها وان كانت متفرعة عن حجز قامت به المحكمة المدنية فإن المحكمة المدنية تبقى مختصة للنظر فيها ولو ادعى شخص ثالث متدخل في الدعوى أن تلك المحجوزات من مهره[1]

إختصاص قاضي الأمور المستعجلة:

٥١ — أن اختصاص المحكمة الشرعية للفصل في المسائل المستعجلة المتعلقة بالأمور الداخلة في اختصاصها يخرج ولاية الفصل فيها من قاضي الأمور المستعجلة. ولا يبقى قاضي الأمور المستعجلة مختصاً إلا للفصل في المسائل المستعجلة المتعلقة بأمور داخلة ضمن اختصاصات المحاكم الروحية أو المذهبية أو المدنية.

وقد فرق فقهاء القانون المصري بين حالتين:

الأولى: أن تتعلق الاجراءات التحفظية والمستعجلة بحقوق شرعية بحته ومسائل خاصة بالأحوال الشخصية لا دخل لها بالأموال وحق الملكية كالمسائل المتعلقة بالأنكحة ووجوب المهر والنفقة والطلاق وغيره.

والثانية: أن تتعلق بمسائل شرعيه تمتد إلى الأموال وحق الملكيه كالمنازعات المتعلقة بصحة الهبة أو الوصية أو الخاصة بالمواريث أو إنشاء الوقف أو صحته أو الاستحقاق فيه أو الولاية عليه.

ففي الحالة الأولى: لا يختص القضاء المستعجل بالحكم في الاجراءات التحظفية لتعلقها بأمور من اختصاص المحاكم الشرعيه وحدها.

أما الحالة الثانية فيدخل في وظيفة القضاء المستعجل الحكم في الاجراءات المذكورة بالنسبة إلى الأموال المتنازع عليها فقط حتى تفصل المحاكم الشرعيه في المنازعات الخاصه بها.

---

(١) القانون لعام ١٩٥٥ ص ٥٥١

٥٢ – وعلى ذلك فإن قاضي الأمور المستعجلة يختص عند الاستعجال بالحكم بما يلي :

– تعيين حارس قضائي على اموال تركة عند وجود نزاع في الميراث ومقدار النصيب الشرعي فيها ، وذلك لتسلم أموال التركة وإدارتها وإيداع صافي الريع في خزانة المحكمة حتى تقضي الجهة المختصة في النزاع الخاص بالميراث .

– تعيين حارس قضائي على أموال التركة عند وجود نزاع في صحة الوصية أو الهبة الحاصلة عنها أو تعيين حارس على أعيان موقوفة عند حصول نزاع في الولاية على الوقف أو انشائه .

– تعيين حارس قضائي على أعيان وقف عند وجود نزاع جدي بين المستحقين وبين الناظر بشأن الإدارة والإستحقاق .

– تعيين خبير لإثبات حالة أموال وقف والتلف الحاصل فيها بسبب إهمال المتولي.

– تعيين خبير لإثبات حالة حمل مستكن مدعى به لمساس ذلك بحق الملكية الفردية وأموال الشخص المنسوب إليه الحمل[1]

اشكالات التنفيذ :

٥٣ – تختص المحكمة الشرعية حصراً دون القضاء المستعجل للنظر في إشكالات التنفيذ الناتجة عن تفسير الأحكام الشرعية أو الناتجة عن المنازعات الخاصة بانشاء الوقف أو صحته أو صحة الوصية والميراث أو

---

(١) قضاء الأمور المستعجلة لمحمد علي راتب باشا ص ٥٨

تسليم الولد أو اراءته . لأن تلك الإشكالات تكون متعلقة بأمور شرعية بحته جعلها المشرع من اختصاص المحاكم الشرعية وحدها .

أما الاشكالات المبنية على نزاع في الملكية أو في وضع اليد على الأموال المراد التنفيذ عليها فيفصل فيها القضاء المستعجل مع عدم التعرض لموضوع هذه الأحكام أو صحتها أو بطلانها .

٥٤ — ووفقاً لذلك يختص القضاء المستعجل بالحكم فيما يأتي :

— طلب وقف بيع أشياء محجوز عليها وفاء لدين نفقة أو مهر محكوم به من المحكمة الشرعية .

— طلب وقف تنفيذ إجراءات بيع إداري على عقار حجز عليه وفاء لدين نفقة عند وجود رهن حيازي أو تأمين على العقار سابق لحكم النفقة .

— طلب وقف اجراءات بيع إداري عن منزل مخصص لسكن المدين وفاء لدين نفقة محكوم بها عليه .

— طلب وقف تنفيذ قرار صادر عن المحكمة الشرعية بتمكين متولي على وقف من تسلم عين معينة على اعتبار أنها مملوكة لجهة الوقف عند وجود نزاع جدي بين ناظر الوقف والغير على ملكية الوقف لهذه العين .

— طلب وقف تنفيذ أحكام شرعية عند حصول التنفيذ بها على أموال مملوكة للغير .

— بحث المنازعات التي تعرض عليه لمعرفة ما إذا كانت تحتوي على مسائل متعلقة بالأحوال الشخصية ومن إختصاص المحاكم الشرعية أم لا ،

وما إذا كانت الأحكام المستشكل فيها صدرت من المحاكم الشرعية في حدود إختصاصها أم تعدت فيها على إختصاص المحاكم العادية، وما إذا كانت راعت في إصدارها النظام الذي قرره الشارع ام لا .[1]

ـ اختصاص المحاكم الروحية في الطلبات المستعجلة :

٥٥ ـ لا تختص المحاكم الروحية في الطلبات المستعجلة إلا إذا كان الطلب متفرعاً عن دعوى أصلية قائمة أمامها وذلك عملاً باحكام المادة ٧٨ من قانون أصول المحاكمات المدنية التي أعطت الحق لرئيس البداية للحكم في الأمور المستعجلة إذا رفعت له بطريق التبعية وذلك نظراً لأن المحكمة الروحية تتبع الأصول الخاصة بمحاكم البداية في القضايا البسيطة . ووفقاً لذلك فمن حقها فرض نفقة مسبقة ومنع سفر المدعى عليه خارج البلاد ، إلى غير ذلك من الأمور المتعلقة بما يدخل ضمن نطاق إختصاصها . إلا أنه ليس لها إلقاء الحجز الاحتياطي لأن ذلك يخرج من اختصاص المحاكم الروحية الواردة حصراً في المادة ٣٠٨ من قانون الأحوال الشخصية ولأن الحجز ليس من متفرعات الدعوى الأصلية بدليل ورود نص خاص في المادة ٥٣٧ من قانون أصول المحاكمات يخول المحاكم الشرعية إلقاء الحجز الاحتياطي والفصل في دعاوى الاستحقاق المتفرعة عنه .

٥٦ ـ وتطبق المحاكم المذهبية ما تطبقه المحاكم الروحية من قواعد تتعلق بالأمور المستعجلة المتفرعة عن الدعاوى القائمة أمامها والداخلة ضمن اختصاصها الموضوعي .

---

(١) قضاء الأمور المستعجلة لمحمد علي راتب باشا ص ٥٢

ـ الدفع بعدم الاختصاص :

٥٧ ــ من المعروف أن الاختصاص النوعي من النظام العام ولذلك يحق للمدعى عليه الدفع بعدم الاختصاص في أي مرحلة من مراحل الدعوى كما أن للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها ، كما يمكن الدفع فيه لأول مرة أمام محكمة النقض .

ـ الاختصاص في غرفة المذاكرة :

٥٨ ــ تختص المحكمة الشرعية في غرفة المذاكرة بالأمور التالية :

آ ـ الإذن للنائب الشرعي وغيره في الأحوال التي يوجب القانون فيها أذن القاضي الشرعي .

ب ـ تنظيم الوصية والوقف الخيري والحقوق المترتبة عليه ، وعقود الزواج وتثبيتها والطلاق والمخالعة ووثائق حصر الإرث الشرعي ونصب النائب الشرعي وفرض النفقة واسقاطها بالتراضي ونسب الولد بإقرار أبوية وإثبات الأهِلّة (م ٥٣٨ أصول)[١]

وتعتبر الوثائق المنظمة وفقاً لأحكام المادة السابقة نافذة إلى أن يقضى ببطلانها أو تعديلها في قضاء الخصومة (م ٥٣٩ أصول) .

ـ تصحيح قيود الأحوال المدنية :

٥٩ ــ يجري تصحيح قيود الأحوال المدنية تبعاً لأحكام المحكمة

---

(١) أخطأت كثير من طبعات قانون الاصول فذكرت « واثبات الأهلية » مع أن الصواب واثبات الأهلة ـ بكسر الهاء وتشديد اللام ـ والأهلة جمع هلال وهو القمر وله أحكام وأصول في كتب الفقه الاسلامي .

الشرعية المكتسبة الدرجـة القطعية في القضايا الداخلة في اختصاصها (م ٥٤٠ أصول)

وقد جاء في اجتهاد لمحكمة النقض بدمشق على أنه وإن أوجبت المادة ٥٤٠ من قانون أصول المحاكمات اعتماد احكام المحاكم الشرعية في تصحيح قيود الأحوال المدنية عندما تقدم إلى أمين السجل المدني ضمن الخمسة عشر يوماً ، إلا ان تسجيل الأحـكام المقدمة بعد مضي هذه المدة في سجلات الأحوال المدنية لايتم إلا بقرار من قاضي صلح المنطقه [1]

ب — اختصاص المحكمة المذهبية

٦٠ — إن اختصاص المحكمة المذهبية للطائفة الدرزية في سوريا موضح في القانون رقم ١٣٤ المؤرخ في ١٩٥٤/١/٣٠ . وقد عددت المـادة الثانية منه القضايا التي تدخل في اختصاص المحكمة المذهبية وهي :

« الارث ـ الوصية ـ النفقة ـ الزواج ـ الطلاق وما يتفرع عنها والأمور المذهبية الخاصة » .

وقد ذكرت المادة ٣٠٧ من قانون الأحوال الشخصية الأحـكام التي يخالف فيها الدروز قانون الأحوال الشخصية .

وقد كانت المحكمة المذهبية تتبع القواعد والسنن والأصول الخاصة بها (م ٢ من القانون ١٩٥٤/١٣٤) ولا توجد مراجع مطبوعـة ومتوفرة في ذلك . إلا أن المادة ٣٣ من قانون السلطة القضائيـة السوري قـد الزمت المحكمة المذهبية بتطبيق أصول المحاكمات المدنية على اجراءات التقاضي أمامها .

---

(١) القانون لعام ١٩٦٣ ـ عدد ٤ ص ٣١٠

جـ ـ اختصاص المحاكم الروحية

٦١ ـ حددت المادة ٣٠٨ أحوال شخصية اختصاصات المحاكم الروحية بما يلي :

(١) ـ جميع المنازعات الناشئة عن الخطبة .
(٢) ـ الدعاوى المتعلقة بشروط الزواج وعقده .
(٣) ـ دعاوى المتابعة .
(٤) ـ دعاوى النفقة الزوجية ونفقة الصغير .
(٥) ـ بطلان الزواج وحله وانفكاك رباطه .
(٦) ـ دعاوى البائنة .
(٧) ـ دعاوى الحضانة .

وينعقد الاختصاص للمحكمة الروحية في هذه الأمور إذا كان الزوجان مسيحيين سوريين أو أجانب يتبعون في احوالهم القوانين الكنسية .

أما إذا كانا من المسيحيين الأجانب الذين يتبعون في أحوالهم الشخصية لقانون مدني فان المحكمة الروحية تغدو غير مختصة للنظر في نزاعاتهم وإنما ينعقد الاختصاص في ذلك للمحاكم المدنية . وتطبق كل طائفة من الطوائف المسيحية الأحكام الكنسية النافذة لديها وجميعها غير صادرة عن سلطة وطنية مختصة وغير منشورة أصولاً . علماً بأن الدعاوى الداخلية في اختصاص المحاكم الروحية ليست من الدعاوى التي يحتاج الفصل فيها إلى تطبيق مبادىء خاصة تعتبر من الأسرار الدينية التي يصعب على غير رجال الأكليروس فهمها وتطبيقها .

ومما تجدر ملاحظته أن المشرع لم يعط المحاكم الروحية صلاحية القاء الحجز الاحتياطي وانما جعل ذلك حصراً بالمحاكم الشرعية .

هذا ومن المعروف أن لكل طائفة من الطوائف المسيحية المعترف بها قانونها الخاص وكذلك هنالك قانون للطائفة الموسوية (اليهودية) يخضع اليه أبناء الطائفة (م ١٠ من القرار ٦٠ ل ر)

٦٢ — وقد استقر الاجتهاد بالنسبة لاختصاصات المحاكم الروحية على ما يلي :

— « ان عقد الزواج بين الطوائف غير المسلمة الذي يجري من قبل الطائفة التي ينتمي إليها أحد الزوجين يجعل النظر في المنازعات الناشئة عن هذا العقد من اختصاص المحاكم الروحية لهذه الطائفة التي ارتضى الزوجان الخضوع لأحكامها ما لم يخرج الزوجان عن اعتناق مبادئها بصورة تستتبع زوال ولايتها تطبيقاً للمادة ٢٣ من القرار ١٤٦ ل . ر لعام ١٩٣٨ ، وان ترك أحد الزوجين لطائفته لايمكن أن يؤثر في الاختصاص المقرر للمحكمة الروحية التي عقد الزواج طبقاً لشريعتها »[1] .

— « إن اختصاص المحكمة الروحية يتعين بالنسبة ليوم رفع الدعوى ، وان تبديل الطائفة أثناء النظر في الدعوى لايؤثر في اختصاص المحكمة الذي تحدد على الوجه المذكور »[2] .

— « إن النزاع حول عقد الزواج الذي تم على شريعة طائفة معينة ،

(١) قرار ١٢ تاريخ ١٩٦٣/٢/٢٨ محامون لعام ١٩٦٦ ص ٤٤ .
(٢) قرار ١٧٦ تاريخ ١٩٦٢/٤/٩ محامون لعام ١٩٦٦ ص ٤٥ .

يبقى من اختصاص المحكمة الروحية لهذه الطائفة ، ما لم يخرج الزوجان عن اعتناق مبادئها ويدخلان في طائفة جديدة ، إذ تصبح محكمة هذه الطائفة الاخيرة هي المختصة للنظر في الخلاف »[1] .

ـ « إن محكمة الاستئناف الروحية الأرثوذكسية بدمشق تتمتع بسلطتها القضائية تجاه المحاكم الروحية في جميع الأبرشيات التابعة للكرسي الانطاكي، سواء منها الخاضع لسيادة الدولة السورية ، أم لأية ولاية أجنبية ، وعليه فان الحكم الذي تصدره محكمة الاستئناف إستناداً للاستئناف الواقع على حكم أجنبي ، يبقى محتفظاً بطابعه الأجنبي »[2] .

ـ « إن نفقة الزوجة المسيحية تجاه زوجها المسيحي ونفقة الأولاد المسيحيين تجاه الأب المسيحي ، داخلة في اختصاص المحاكم الروحية سواء كان الأولاد صغاراً أم كباراً ، أما نفقة الأقارب من غير الزوجة والأولاد فهو من اختصاص المحكمة الشرعية »[3] .

ـ « ان المسيحي الذي يعتنق الاسلام تنتزع عنه سلطة المحاكم الروحية بمجرد اعتناقه الاسلام ، وإن الحكم الصادر عن محكمة روحية أحد الطرفين فيها مسلم غير قابل التنفيذ »[4] .

٦٣ ـ وقد ارتفعت أصوات كثيرة غالبيتها من المسيحيين تنادي بالغاء المحاكم الروحية لأنها تركة من بقايا قرارات المفوضين الافرنسيين السامين ،

(١) القرار المؤرخ في ٨/٤/١٩٦٤ القانون لعام ١٩٦٤ ص ٣٩١ .

(٢) القرار المؤرخ في ٢٢/١١/١٩٦٣ القانون لعام ١٩٦٤ ص ٢١٠ .

(٣) القرار المنشور في القانون لعام ١٩٦٦ ص ٣٥٧ .

(٤) القرار المنشور في القانون لعام ١٩٥٤ ص ٨٠٣ .

لا تخضع لأي قـــانون وطني ، فهي لا تحترم قانون أصول المحاكمات ولا قانون الرسوم القضائية ولا قانون السلطة القضائية ، ولا تخضع للتفتيش القضائي ، ولأن المسيحي أمام محاكم طائفته لا يأمن على حقوقه كما يأمن المواطن المسلم أمام المحاكم الشرعية .

وقد قال المطران بطرس كامـل مدور في مجـلة المسرة : « بموجب مبادئنا الدينية ... فاننا نعرف من التاريخ أن الدولة ، ولا سيما الدولة الاسلامية ، هي التي خولتنا الحكم بقضايا الأحوال الشخصية ، وبموجب العرف الذي تسير عليه الكنيسة في كل الدنيا ، نراها لاتطالب بأي اختصاص في سائر قضايا الأحوال الشخصية ، بل ترى بدون أي احتجاج أن المحاكم المدنية التابعة للدولة هي التي تنظر وتحكم فيها » [1] .

وقد طالب المحامي الأستاذ سهيل أيوب على صفحات مجلة «المحامون» الدمشقية بالغاء المحاكم الروحية ، وتحويل اختصاصاتها إلى المحاكم المدنية على أن يتولى القضـــاء في دعاوى بطـلان الزواج أمـام هذه المحاكم رئيس كنسي تنتدبه الدولة بمعرفتها من الذين تتوفر فيهم شروط القضاة [2] .

وكان الدكتور رزق الله انطاكي قد نشر بحثاً في المحامون عام ١٩٦٦ نقد فيه القضاء الروحي نقداً شديداً ، وكان مما قاله : أقول بصراحة أن بقاء المحاكم الروحية يعتبر ماساً بسيادة الدولة ، ولا يمكن للعقل أن يقبل بعد منتصف القرن العشرين أن يوجد في بلد مستقل قضاء خـارج

(١) المحامون لعام ١٩٧٢ عدد ٧ ص ٢٧٨ .

(٢) المحامون لعام ١٩٧٢ عدد ٧ ص ٢٧٨ .

عن القضاء النظامي ، وأن يكون قضاته مستقلين تمام الاستقلال عن السلطة القضائية ، وأن لا يراعى في تعيينهم القواعد التي تراعى في تعيين سائر القضاة ، وأن لا يكونوا متمتعين بالشروط اللازمة — العلمية منها على الاقل — لتعيين القضاة .

فالقاضي في المحاكم الروحية — بدائية كانت أم استئنافية — يكتفى من اجل تعيينه بأن يكون من رجال الأكليروس ، بغض النظر تماماً عن الشروط التي يجب توافرها في كل قاض من حيث السن والمعرفة ، فهنالك بعض القضاة الذين تجاوز عمرهم الثمانين ، وهناك بعض القضاة الذين لايحملون اية شهادة علمية .

زد على ذلك ان القضاء الروحي لايخضع لأية سلطة تفتيشية [١] .

٦٤ — ونحن لن نذهب مع المغالين المطالبين بالغاء تلك المحاكم ولكنا نقول مع الأستاذ نجاة قصاب حسن :

إن من حق المسيحي ان يخضع في الأمور ذات المساس بالنظام العام الديني لأحكام دينه وطائفته ، ولكن من حق المسيحي ايضاً الا تبقى محاكمه بلا ضابط يضبطها كسائر محاكم المواطنين من حيث تشكيلها ورسومها واصول محاكماتها وبقائها في النطاق الوطني ، ومن العجيب وما لا يحتمل بأي وجه أو معنى أن تبقى بعض أحكام محاكمنا تنتظر التصديق من بيروت أو بغداد أو روما خلافاً لكل مبادىء السيادة الوطنية والقومية [٢] .

---

(١) المحامون لعام ١٩٦٦ عدد ٢-٣ ص ٣٩ .

(٢) المحامون لعام ١٩٧٢ عدد ٧ ص ٢٧٩ .

ولذلك فاننا لانطالب بالغاء تلك المحاكم وإنما نطالب بتنظيمها واخضاعها للقوانين النافذة واصدار تشريعاتها الموضوعية بالطرق القانونية . واخضاعها للتفتيش القضائي ليشعر المواطن المسيحي بالاطمئنان والمساواة التي يشعر بها المواطن المسلم عندما يقف أمام المحاكم الشرعية .

٦٥ — ومن الرجوع إلى قانون السلطة القضائيـة السوري نجد بأن المادة ١٤ قد نصت صراحة على أن التفتيش الذي تقوم به ادارة التفتيش في وزارة العدل يتناول الأحكام والقرارات والاجراءات القضائية .

وقد جاء النص مطلقاً عاماً دون تحديد مما يجعله شاملاً للأحكام والقرارات الصادرة عن القضـاء الروحي على أساس أنها أحكام وقرارات واجراءات قضائية لم يستثنها المشرع استثناءً خاصاً من رقابة إدارة التفتيش ، والمطلق دائماً يجري على اطلاقـه ولا يجوز تقييده إلا بنص صريح .

د — اختصاص المحاكم المدنية

٦٦ — جاء في المادة ١٠ من القرار ٦٠ ل ر لعام ١٩٣٦ المعـدل بالقرار ١٤٦ ل ر لعام ١٩٣٨ ما يلي :

« يخضع السوريون واللبنانيون المنتمون إلى طائفـة تابعة للحق العادي وكذلك السوريون واللبنانيون الذين لاينتمون لطائفة مـا للقانون المدني في الأمور المتعلقة بالأحوال الشخصية .

أما الأجانب وإن كانوا ينتمون إلى طائفة معترف بها ذات نظام للأحوال

الشخصية فإنهم يخضعون في شؤون الأحوال الشخصية لأحكام قانونهم الوطني.

ونصت المادة ١٤ من نفس القرار على ما يلي :

« إن الطوائف التابعة للقانون العادي تنظم شؤونها وتديرها بحرية ضمن حدود القوانين المدنية » .

ونصت المادة ١٧ من نفس القرار على ما يلي :

« إن الأحوال الشخصية العائدة للسوريين أو للبنانيين المنتمين إلى إحدى الطوائف المذكورة في المادة الرابعة عشرة وما يليها أو غير المنتمين إلى إحدى الطوائف الدينية تخضع للقانون المدني » .

ونصت الفقرة الثانية من المادة ٢٥ من قانون السلطة القضائية السوري على ما يلي :

م ٢٥ ـ ف ٢ : دعاوى الأحوال الشخصية الخاصة بالأجانب الخاضعين بمقتضى قوانين بلادهم لقانون مدني بشأن أحوالهم الشخصية تقام أمام المحاكم المدنية. وقد استقر الاجتهاد على أن هذا الاختصاص معقود لمحكمة البداية المدنية وتخضع أحكامها لطرق الطعن الخاصة بالأحكام الصادرة بالدرجة البدائية .

وقد جاء في أحد قرارات محكمة النقض بدمشق أن اختصاص محكمة البداية بالأحوال الشخصية للأجانب يقيم ولايتها على ابطال وثيقة طلاق صادرة عن القاضي الشرعي [1] . كما استقر الاجتهاد على أن هذا الاختصاص من النظام العام فلا يملك الأفراد الاتفاق على تعديل قواعده [2] وانه وان

(١) القرار رقم ٦٢٩ ـ المحامون لعام ١٩٦٥ ص ٤٥٤ .

(٢) القرار رقم ٨٦ ـ المحامون لعام ١٩٦٣ ص ٧٣ .

كان من حق المحاكم العادية ابطال وثيقة الطلاق الصادرة عن مرجع غير مختص إلا أنه لما كان الطلاق متعلقاً بالنظام العام وهو من حقوق الله فإنه ينتج آثاره القانونية والشرعية رغم صدور الوثيقة من مرجع غير مختص كالمحكمة الشرعية بالنسبة للأجنبي الذي يخضع في بلاده للقانون المدني [1] وقد استقر الاجتهاد على أن المحاكم المدنية هي وحدها صاحبة الاختصاص في دعوى الأحوال الشخصية التي يكون فيها أحد المتقاضين من الأجانب الذين يخضعون في بلادهم للحق المدني ولو كان المتقاضي الآخر سورياً [2] .

ويطبق القانون رقم ١٧٥ تاريخ ١٩٤٥/٥/٢٦ على الأجانب الذين يدعون حقاً في تركة مورث سوري أو أجنبي ، ولا ينطبق على السوريين الذين يدعون حقاً في تركة أجنبي . ويشترط هذا القانون كي يبيح توريث الأجانب للأموال غير المنقولة المتروكة في سورية أن يكون قانون بلادهم يعامل السوريين بالمثل ، ويرجع إلى القانون السوري دائماً لتكييف العلاقات عندما يتنازع في القضية قانونان وذلك لمعرفة القانون الواجب تطبيقه [3] .

وبالاضافة إلى ما تقدم فقد أناط القانون بالمحاكم العادية الفصل في بعض المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية .

- كتصفية التركات حيث أعطى القانون صلاحيات تعيين المصفي والاشراف على أعمال التصفية لمحكمة صلح المنطقة التي فتحت فيها التركة [4].

---

(١) القرار المنشور في القانون لعام ١٩٦٧ ص ٧٥٤ .

(٢) القرار المؤرخ في ١٩٦٣/١١/١٨ - القانون لعام ١٩٦٤ - ص ١

(٣) القرار المؤرخ في ١٩٦٤/٣/٢٨ - القانون لعام ١٩٦٢ ص ٣١٩ .

(٤) المادة ٨٣٧ من القانون المدني .

ـ والهدايا بين الخطيبين حيث استقر الاجتهــــاد على أن الاختصاص معقود بذلك للمحاكم المدنية ، الصلح أو البداية ، حسب قيمـــة الهدايا المتنازع عليها [١] .

ـ والتصرف في الأشياء الجهازية حيث نص الاجتهاد على أنه إذا لم ينكر الزوج أن الأشياء هي من الجهاز وانما انكر استلامها والتصرف بها فالنزاع ليس على صفة الأشياء وإنما على التصرف بها والاختصاص فيه لمحكمة الصلح [٢] .

ـ واسترداد الأشياء المعطاة على حساب المهر حيث نص الاجتهاد على أنه يدخل في اختصاص قاضي الصلح النظر في طلب استرداد الأشياء المعطاة على حساب المهر إذا كانت قيمتها لاتتجاوز هذا الاختصاص [٣]

إلى غير ذلك من الأمور التي لم نر مـا يبرر للمشرع ولمحكمة النقض اخراجها من اختصاص المحاكم الشرعية .

إذ من المعروف أن أحكام تصفية التركات مثلاً ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالأحوال الشخصية بشكل يفوق ارتباطها بالقانون المدني . كما أن قواعـد التصفية وقسمة التركة كلها تمتد بجذورها لتستقي من الفقه الاسلامي ، والهدايا بين الخطيبين لاتعدو أن تكون أثراً من آثار الخطبة ، وبما أن الخطبـة من الأحوال الشخصية فمن الطبيعي أن تكون آثارها من الأحوال الشخصية وتنظر أمام المحكمة الشرعية ، وكذلك التصرف بالأشياء الجهازية واسترداد

---

(١) القرار المؤرخ في ١٤/٣/١٩٦٤ ـ القانون لعام ١٩٦٤ ص ٢٩٠ .

(٢) القرار رقم ١٧٢ ـ المحامون لعام ١٩٦٥ ص ١٢٦ .

(٣) القرار المنشور في القانون لعام ١٩٥١ ص ٥٤٠ .

الأشياء المعطاة على حساب المهر ، لأن المهر لايشترط فيه بالأساس أن يكون نقداً وإنما يجوز أن يكون مالاً مقوماً مهما كان نوع هذا المال . ولذلك فإننا نأمل أن لا تستمر محكمة النقض الموقرة بدمشق فترة طويلة على هذا الاتجاه .

٦٧ ـ أما الدعاوى المتعلقة بالأحوال الشخصية للأجانب الذين يتبعون في أحوالهم الشخصية أحكام الشريعة الاسلامية أو الأحكام الكنسية غير المدونة في قانون مدني فتكون من اختصاص قضاة الشرع أو المحاكم الطائفية[١]

هـ ـ اختصاص محكمة النقض

تنظر في قضايا الأحوال الشخصية لدى محكمة النقض الموقرة بدمشق دائرتان وهما :

١ ـ دائرة القضايا المدنية والتجارية .

٢ ـ دائرة الأحوال الشخصية .

١ ـ الدائرة المدنية والتجارية :

٦٨ ـ تفصل الدائرة المدنية والتجارية بالنسبة لقضايا الأحوال الشخصية في الأمور التالية :

آ ـ تعيين المرجع عند حدوث خلاف ايجابي أو سلبي على الاختصاص بين محاكم الاستئناف أو بين محاكم لا تتبع مرجعاً واحداً في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية .

ب ـ نقل الدعوى في مواد الأحوال الشخصية .

(١) أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجاريه الانطاكي ص ٣٠٢

ح ـ الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما عن إحدى المحاكم العادية والآخر عن احدى محاكم الأحوال الشخصية .

د ـ في الادعاء الواقع أثناء الدعوى أو بعد صدور الحكم ولو قطعياً بشأن عدم اختصاص محكمة مذهبية أو روحية لرؤية الدعوى .

هـ ـ مخالفة الأحكام الصادرة عن المحاكم المذهبية أو الروحية لقواعد الأصول والقانون وفي قابلتها للتنفيذ .[1]

و ـ في النزاع السلبي أو الايجابي على الاختصاص :

١ ـ بين محكمة مدنية أو شرعية وبين محكمة مذهبية أو روحية .

٢ ـ بين محكمة مذهبية وبين محكمة روحية .

٣ ـ بين محكمتين روحيتين لاتتبعان مرجعاً واحداً (م ٤٦ معدلة من قانون السلطة القضائية) .

٢ ـ دائرة الأحوال الشخصية :

٦٩ ـ تفصل دائرة الاحوال الشخصية في :

أ ـ الطعن بطريق النقض في الاحكام والقرارات القابلة لذلك في مواد الاحوال الشخصية .

ب ـ نقل الدعوى في مواد الاحوال الشخصية .

---

(١) وبذلك يكون فصل دائرة غير الدائرة المدنية والتجارية في حكم صادر عن محكمة روحية أو مذهبية مخالفاً الأصول والقانون وصادراً عن دائرة غير مختصة مما يجعله باطلاً .

ج ـ تعيين المرجع بين محاكم الاحوال الشخصية .

د ـ جميع الطلبات الاخرى الداخلة في اختصاصها بموجب القوانين النافذة . (م ٤٨ من قانون السلطة القضائية) .

وبموجب المرسوم التشريعي رقم ٦٦ تاريخ ١٩٦٢/٧/١٢ ادخلت اختصاصات نقل الدعوى في مواد الأحوال الشخصية وتعيين المرجع بين محاكم الأحوال الشخصية إلى الدائرة المدنية والتجارية لمحكمة النقض وبذلك تكون هذه الاختصاصات قد الغيت ضمناً من دائرة الأحوال الشخصية .

ب ـ الاختصاص الدولي

١ - من ناحية اختصاص المحاكم السورية

٧٠ ـ نصت المادة ٣ من قانون أصول المحاكمات السوري على أن المحاكم السورية هي المختصة بالدعاوى التي ترفع على الاجنبي إذا كان له موطن في سورية .

أما إذا لم يكن له موطن في سورية فإن المحاكم السورية تكون مختصة في الأحوال التالية :

آ ـ في مسائل الولاية على المال إذا كان للقاصر أو المطلوب الحجر عليه أو المطلوب مساعدته قضائياً من الأجانب موطن في سورية ، أو إذا كان فيها آخر موطن للغائب الأجنبي (م ٥ أصول) .

ب ـ إذا كانت الدعوى متعلقة بتركة فتحت في سورية ... (ف ج (م ٤ أصول) .

ج ـ إذا كان لأحد المدعى عليهم موطن أو سكن في سورية (ف د من م ٤ أصول) .

د ـ في مسائل الارث إذا كان آخر موطن للمتوفي في سورية أو إذا كان موطن المدعى عليهم كلهم أو بعضهم في سورية أو إذا كانت أموال التركة كلها أو بعضها في سورية وكان المورث سورياً أو كان الورثة كلهم أو بعضهم سوريين . أو كانت أموال التركة كلها أو بعضها في سورية وكانت محكمة فتح التركة غير مختصة طبقاً لقانونها .

ونصت المادة ٧ من قانون الأصول على أنه يجوز رفع الدعوى في سورية في الحالات التالية :

آ ـ إذا كانت الدعوى معارضة في عقد الزواج وكان العقد يراد إبرامه في سورية .

ب ـ إذا كانت الدعوى بطلب التفريق أو الطلاق أو فسخ عقد الزواج وكانت مرفوعة من الزوجة التي فقدت جنسيتها السورية بالزواج متى كانت مقيمة في سورية ، أو كانت الدعوى مرفوعة من الزوجة المقيمة في سورية على زوجها الذي كان له موطن أو سكن فيها ، متى كان الزوج قد هجر زوجته وجعل موطنه في الخارج بعد قيام سبب الطلاق أو التفريق أو الفسخ ، أو كان قد أبعد عن أراضي الجمهورية العربية السورية .

ج ـ إذا كانت الدعوى بطلب نفقة للأم أو للزوجة ، أو للصغير ، وكان هؤلاء يقيمون في سورية .

د ـ إذا كانت الدعوى بشأن نسب صغير يقيم في سورية ، أو بسبب الولاية على نفسه أو الحد منها أو وقفها أو استردادها .

هـ - إذا كان المدعي سورياً أو له موطن في سورية ، وذلك إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف في الخارج ، **أو إذا كان القانون السوري واجب التطبيق في موضوع الدعوى** . وقد استقر الاجتهاد على أن المحاكم السورية مختصة في مسائل الأحوال الشخصية متى كان أحد الزوجين سورياً وقت أنعقاد الزواج[١] وانه متى كان القانون السوري هو الواجب التطبيق لأن أحد الزوجين سوري كانت المحكمة السورية هي المختصة في رؤية الدعوى[٢] . وهذا الاختصاص معقود للمحكمة السورية حتى ولو كان المدعى عليه مقيماً خارجها ، فإذا كان له وكيل في سورية وباشر اجراءات المحاكم فإن موطنه يكون معتبراً لتبليغ الأوراق اللازمة لسير تلك الدعوى[٣] .

أما إذا لم يكن أحد الزوجين سورياً فإنه لا اختصاص للمحاكم السورية إلا ضمن حدود المواد القانونية التي استعرضناها في مقدمة هذا البحث .

— احتصاص محكمة النقض السورية للنظر في الأحكام الأجنبية

٧١ — لاتختص محكمة النقض السورية للنظر في الطعن الوارد على حكم أجنبي حتى ولو كان الطاعن سورياً وان لتنفيذ الأحكام الأجنبية أصولاً خاصة حددتها الاتفاقيات القضائية مع البلدان مصدرة الأحكام . وإن اختصاص محكمة النقض في سورية لايتعدى الأحكام الصادرة عن المحاكم

---

(١) القرار رقم ٤٥ - المحامون لعام ١٩٦٧ ص ٢٦

(٢) القرار رقم ١٠٣ - المحامون لعام ١٩٦٨ ص ٦٧

(٣) القرار المنشور في القانون لعام ١٩٦٦ ص ٧٣٢ .

السورية الخاضعة لرقابتها بمقتضى قانون السلطة القضائية . وقد استقر الاجتهاد السوري على أن المعيار في تحديد صفة الحكم وما إذا كان يعتبر صادراً عن محكمة سورية أو محكمة أجنبية هو لجنسية المحكمة الابتدائية التي أصدرت الحكم وليس لجنسية المحكمة الاستئنافية التي تعتبر مرجعاً لأحكام صادرة من بلدان مختلفة بحسب التنظيمات القضائية المتبعةلدى الطوائف المسيحية[1].

إن من المعروف أن المحكمة الاستئنافية الانجيلية في بيروت تشمل ولايتها حسب التنظيمات القضائية للطائفة الانجيلية سورية ولبنان بآن واحد . ولذلك فإذا كان الحكم الذي أصدرته المحكمة الاستئنافية الانجيلية في بيروت بوصفها مرجعاً للفصل بالدرجة الثانية في حكم صادر عن محكمة روحية ابتدائية لبنانية . كانت محكمة النقض السورية غير مختصة للنظر في الطعن بهذا الحكم . أما إذا كان حكمها قد أصدرته بصفتها مرجعاً استئنافياً لحكم ابتدائي صدر عن محكمة روحية سورية كان الاختصاص معقوداً لمحكمة النقض السورية للنظر في هذا الطعن على سبيل الحصر[2] .

الاختصاص الدولي في الأمور المستعجلة والطلبات المتلازمة :

٧٢ ـــ تختص المحاكم السورية باتخاذ التدابير التحفظية والمؤقتة في سورية ولو كانت غير مختصة في الدعوى الأصلية (م ٩ أصول محاكمات) .

وإذا رفعت المحاكم السورية دعوى من دعاوى الأحوال الشخصية الداخلة في اختصاصها فإنها تكون مختصة للفصل في كل طلب يرفعه المدعى

---

(١) القاعدة ٥٧٧ من مجموعة القواعد القانونية السورية للأحوال الشخصية .

(٢) القاعدة ٥٧٦ من مجموعة القواعد القانونية السورية للأحوال الشخصية .

عليه رداً على دعوى المدعي ، وفي كل طلب مرتبط مع هـذه الدعوى ، ويقتضي حسن سير العدالة أن ينظر فيه .

أما إذا رفعت للمحاكم السورية دعوى مدنيـــة أو تجارية داخلة في اختصاصها ، فانها تكون مختصة كذلك بالفصل في المسائل الفرعية المتعلقة بالأحوال الشخصية للأجانب الخاضعين لقانون مدني . (م ١٠ أصول محاكمات)

هل الاختصاص الدولي من النظام العام :

٧٣ ـ ليس الاختصاص الدولي من النظـــام العام ، لأنه نوع من الاختصاص المكاني ، ويستفاد ذلك من فحوى المادة ٨ من قانون أصول المحاكمات السوري والتي جاء فيها ما يلي :

يجوز للمحكمة السورية أن تحكم في الدعوى ولو لم تكن داخـلة في اختصاصها دولياً طبقاً للمواد السابقة ، اذا قبل المدعى عليه السير فيهـــا صراحة أو ضمناً .

ويعتبر المدعى عليه قابلاً باختصاص المحاكم السورية ضمناً إذا لم يدفع بعدم الاختصاص المحلي في بدء المحاكمة وقبل أي دفع آخر ، عملاً بأحكام المادة ١٤٥ أصول .

ووفقاً لما تقدم فإنه من حق الطرفين أن يرتضيـا الاختصام إلى غـير المحاكم السورية فإذا ارتضيا ذلك وصدر ضد أحدهما حكم في قضيـة معينة لم يعد من حقه رفع الدعوى بذات الموضوع أمام المحاكم السورية ، لأنه لاتنازع بالاختصاص المحلي بين المحـــاكم دولياً [١] وهـذا ما استقر عليه الاجتهاد فقد جاء في اجتهاد لمحكمة النقض السورية ما يلي :

---

(١) كان الاجتهاد في سورية يعتبر أن الاختصاص الدولي من النظام العام وكل اتفاق على جعل الاختصاص لمحكمة أجنبية باطل (القرار المؤرخ في ١٩٥٩/٨/٦ ـ القانون لعام ١٩٥٩ ص ٤٩٧) ومن ثم عدلت محكمة النقض السورية عن هذا الاجتهاد في الاجتهاد الصادر بتاريخ ١٩٦٦/٩/٢٢ والمنشور اعلاه .

« لما كان ظاهراً من الاضبارة أن الزوجة سبق لها أن قامت دعوى التفريق ضد زوجها أمام محكمة طرابلس لبنان ، وكان الزوج قد خاض في موضوع دعواها . وأجاب عليه دون اعتراض على اختصاص المحكمة ، وكان التنازع على الاختصاص بين المحكمة الشرعية اللبنانية والمحكمة الشرعية السورية اختصاصاً مكانياً وحقاً شخصياً وليس من النظام العام بدلالة المادة ٨ أصول .

وكان لايجوز للزوج بعد أن ارتضى الاختصام أمام محكمة لبنانية أن يعرض نفس النزاع على المحكمة السورية إذ يكون الاختصاص قد انعقد برضوخه للمحكمة اللبنانية ، وكان ما استند إليه الحكم من اجتهاد سابق لا ينطبق على واقع الدعوى ، كان ما أدلت به الطاعنة وارداً على الحكم [١] .

٢ - من ناحية القانون الواجب التطبيق :

٧٤ - نصت المادة ١١ من القانون المدني السوري على أن القانون السوري هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها .

وعملاً بأحكام هذه المادة فقد حدد المشرع السوري القانون الواجب التطبيق في حالة تنازع القوانين وفقاً للجنسية أو الموضوع .

فقرر في المادة ١٥ ق.م انه إذا كان أحد الزوجين سورياً وقت انعقاد الزواج يسري القانون السوري وحده فيما عدا شرط الأهلية للزواج .

أما إذا لم يكن أحد الزوجين سورياً وقت انعقاد الزواج فإن مسألة تنازع القوانين تحل على الشكل التالي :

---

(٢) القاعدة ٥٧٨ من مجموعة القواعد القانونية السورية للأحوال الشخصية

١ - يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين . (م١٣ مدني)

٢ - يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال . (ف ١ من م ١٤ ق م)

٣ - يسري على الطلاق قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق ، ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى . (ف ٢ من م ١٤ ق . م)

٤ - يسري على الالتزام بالنفقة بين الأقارب قانون المدين بها . (م ١٦ ق . م)

٥ - يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعة لحماية المحجورين والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته (م١٧ ق . م)

٦ - يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى مابعد الموت قانون المورث أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته ويسري على شكل الوصية قانون الموصي وقت الايصاء أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية وكذلك الحكم في شكل سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت .

قواعد الإثبات

٧٥ – اعتبر المشرع قانون البينات السوري نافذاً في المحاكم الشرعية باستثناء بعض القواعد الخاصة التي أوردها المشرع حصراً في المرسوم التشريعي رقم ٨٨ تاريخ ١٩٤٩/١١/٢١ والذي جاء فيه ما يلي :

مادة ١ – يعتبر قانون البينات ذو الرقم ٣٥٩ المؤرخ في ١٩٤٧/٦/١٠ نافذاً في المحاكم الشرعية من تاريخ صدوره باستثناء الأحكام الآتية :

أ – يجوز الاثبات بالشهادة في جميع القضايا الشرعية إلا في الدعاوى المالية التي تخالف أو تجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي .

ب – يشترط النصاب الشرعي للحكم بالشهادة فليس للقاضي الشرعي أن يحكم بشهادة الفرد إلا في الأحوال المقررة شرعاً .

ج – لا تعتبر القرينة القضائية وحدها سبباً للحكم في هذه المحاكم .

ويستفاد من ذلك أن المشرع السوري قد منع القاضي من الحكم بعلمه الشخصي أو بقناعته الوجدانية وقيده بقيود وقواعد لا يملك الخروج عنها ، فإذا قامت البينة وجب على القاضي أن يقضي لمن أقامها حسب دعواه ولو كان القاضي مؤمناً بقرارة نفسه أنه يقضي باطلاً .

٧٦ – على أن تقنين البينات هذا لايمنع القاضي الشرعي من الرجوع إلى الشريعة الاسلامية في الأمور التي لم يتطرق اليها القانون وخاصة في

تعيين من يقع عليه عبء الاثبات بالنسبة لوقائع شرعية معينة لم يتعرض لها قانون البينات . ومنها اعتبار القول قول الزوج بيمينه في بعض قضايا المهر والذي سنبينه مفصلاً عند التكلم عن عبء الاثبات وطرقه . ومن الملاحظ أن المشرع وإن كان قد استبقى القواعد التي أخذ بها قانوناً أصول المحاكمات الحقوقية والبينات بشأن الأدلة الخطية فجعلها من أقوى طرق الاثبات ، لأنه لا يلحق بها ما يلحق الشهادة من شبهات وقلة يقين إلا أنه في الدعاوى أمام المحاكم الشرعية حصر قوتها في الدعاوى المالية فقط دون الدعاوى الشرعية . فلم يجز في الجوانب المالية من الدعوى الشرعية الاثبات بالشهادة فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي بينما أجاز ذلك بالنسبة للجوانب الشرعية في الدعوى .

عبء الاثبات

٧٧ ـ من القواعد المقررة في الاثبات عامة أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر فالدائن دائماً عليه أن يثبت الدائنية والمدين عليه أن يثبت الوفاء حتى يتفادى الحكم ، ومن ذلك نتبين أن الدائن يكون مدعياً فيكلف باثبات الالتزام والمدين يكون مدعياً فيكلف باثبات وفاء الالتزام ، وهكذا فكل طرف من أطراف الدعوى يكون مدعياً فيما يدعيه فيكلف باثباته وليس من يرفع الدعوى هو المدعي فقط . وبذلك يمكن أن نقول أن من يحمل عبء الاثبات هو المدعي في الدعوى والمدعى عليه في الدفع اذ كل منهما يعتبر مدعياً بالنسبة لقوله . ومن ذلك نرى كما قال الدكتور السنهوري أن عبء الاثبات لايثقل كاهل أحد الخصمين دون الآخر ، بل هو يوزع بينهما ، وقد يقع هذا التوزيع بمقتضى قرائن

قضائية ينقل بها القاضي عبء الاثبات بحسب تقديره من الخصم إلى خصمة. وقد يقع بحكم القانون بمقتضى قرائن قانونية ينتقل بها عبء الاثبات من خصم إلى آخر [1] . ومن الملاحظ أن المشرع السوري في الفقرة جـ من المادة الأولى من المرسوم التشريعي رقم ١٩٤٩/٨٨ لم يعتبر القرينة القضائية وحدها كافية للحكم في المحاكم الشرعية مالم تدعمها أدلة أخرى . إلا أنه لم يمنع من اعتبارها في نقل عبء الاثبات من الخصم إلى خصمه الآخر .

٧٨ ـ وخلافاً للقاعدة العامة في الاثبات وهي (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر) فقد جعل المشرع في بعض الحالات البينة على المدعى عليه ، وبذلك فان عبء الاثبات يكون قد انتقل إلى المدعى عليه بقوة القانون خلافاً للقاعدة العامة .

ومن ذلك ما يجري في اثبات طلاق التعسف .

فإذا ادعت زوجة أن زوجها كان متعسفاً في طلاقها . لم يجعل القانون عليها اثبات هذا التعسف حتى تنال تعويضه ، وإنما أوجب على المدعى عليه أن يثبت أنه لم يكن متعسفاً بطلاقها عن طريق اثباته السبب المشروع للطلاق . وهذا مستفاد من نص المادة ١١٧ من قانون الأحوال الشخصية التي جاء فيها ما يلي :

« إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف بطلاقها دون ما سبب معقول وأن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقه جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حاله ودرجة تعسفه بتعويض لايتجاوز نفقة سنة لأمثالها فوق نفقة العدة ... الخ » .

(١) الوجيز للسنهوري ج ١ ص ٥٥٩

وقد فسر الاجتهاد هذه المادة من ناحية عبء الاثبات فقضت محكمة النقض بدمشق أنه يتوجب على الزوج المطلق اثبات أن الطلاق لم يكن تعسفياً وانه كان لسبب مشروع [1] . وإذا ادعت الزوجة أن مسكن الزوج غير شرعي كلف الزوج باثبات شرعية مسكنه ولا تكلف بذلك الزوجة المدعية.

وإذا بعث الزوج الى امرأته شيئاً من النقد أو العروض أو مما يؤكل قبل الزفاف أو بعد البناء بها ولم يذكر وقت بعثه انه من المهر ولا غيره ثم اختلفا فقال الزوج هو من المهر وقالت هو هدية فالقول له بيمينه فيما لم يجر عرف أهل البلد بارساله هدية للمرأة ولها فيما جرى به ... (م ١١١ من أحكام قدري باشا) .

وإذا مات الزوجان واختلف ورثتهما في قدر المهر المسمى فالقول لورثة الزوج ويلزمهم ما يعترفون به ، وان اختلفوا في أصل التسمية يقضى بمهر المثل على ورثة الزوج ان جحدوا التسمية ونكلوا عن اليمين وكذلك إذا اتفقوا على عدم التسمية في العقد (م ١٠٧ من أحكام قدري باشا) .

وإذا ادعت الزوجة بمعجل المهر كان على الزوج أن يثبت أنه أوفاها المعجل .

وإذا رجع الغائب وأنكر النكاح ولا بينة للمرأة فالقول قوله بيمينه ... (م ١٩٢ قدري باشا) .

البينة لا تسمع الا بعد الادعاء الصحيح :

٧٩ — ومن الجدير بالذكر أنه يتوجب على القاضي قبل سماع البينة

---

(١) قرار رقم ٥٣١ ـ المحامون لعام ١٩٦٥ ـ العدد ٨و٩ ص ٣٤٥ ـ القانون لعام ١٩٦٣ العدد ٦ ص ٥٥٦ .

أن يتأكد من صحة الادعاء فإذا وجد تناقضاً في استدعاء الدعوى أجل البينة إلى مابعد إزالة التناقض ، فإن سمعها قبل ذلك كان قراره معرضاً للنقض [1]

طرق الاثبات وقوتها

للاثبات سبعة طرق وهي :

١ ـ البينة الخطية ٢ ـ الشهادة ٣ ـ الاقرار ٤ ـ القرائن ٥ ـ المعاينة ٦ ـ الخبرة ٧ ـ اليمين .

وسنستعرض كل طريقة من هذه الطرق وقوتها بالنسبة للدعاوى الشرعية .

١ ـ البينة الخطية :

٨٠ ـ البينة الخطية نوعان :

١ ـ أوراق رسمية .

٢ ـ أوراق عرفية .

والبينة الخطية بنوعيها ذات قوة مطلقة في الاثبات بالنسبة للدعاوى المالية فلا يجوز إثبات ما يخالفها إلا ببينة خطية ، أما في الدعاوى الشرعية فلها قوة محدودة إذ تأتي الشهادة في المقام الأول . ويستفاد هذا من الفقرة الأولى من المادة الأولى من المرسوم التشريعي رقم ١٩٤٩/٨٨ حيث جاء فيها أنه يجوز الاثبات بالشهادة في جميع القضايا الشرعية إلا في الدعاوى المالية التي تخالف أو تجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي .

وعلى ذلك سار الاجتهاد فقد جاء في قرار لمحكمة النقض السورية بدمشق أنه لما كان السند المبرز مصرحاً فيه بأن المخالعة وقعت وأن السند حرر بعدها لورود لفظ (بعد المخالعة) في السند ، وكان ذلك يقضي وقوع

---

(١) ـ القاعدة ٢ من مجموعة القواعد القانونية الشرعية السورية .

المخالعة بينهما على وجه الصحة لأنهـا هي الأصل في العقود ما لم يدع فيها البطلان أو الفساد ، وكانت المادة ١٠ بينات قد نصت على من احتج عليه بسند عادي ولم ينكر صراحة توقيعه أو بصمته عليه ، كان حجة عليه بما فيه ، وكانت المادة الأولى من المرسوم التشريعي رقم ٨٨ تمنع سماع الشهادة فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه سند خطي .

كان ما أورده وكيل الطاعنة وارداً والحكم مستوجب النقض[1] .

٨١ – وإذا كانت البينة الشخصية لا تسمع ضد دليل كتابي عرفي فمن باب أولى ألا تسمع ضد دليل كتابي رسمي وخاصة فان الأسناد الرسمية لا يطعن فيها عادة إلا بالتزوير . إلا أن الاجتهاد السوري اعتبر ما يرد في صك الزواج من اقرارات هو من قبيل البيانات التي يدونها الموظف الرسمي على لسان ذوي الشأن ، وهي صحيحة إلى أن يقوم الدليل على ما يخالفها عملاً بأحكام المـادة ٦ من قانون البينات ، فاذا طعن الخصم في الإقرار الموجود في تلك البيانات على انه اقرار صوري فهذا لا يعني الاعتراض على أمانة التسجيل والنقل حتى يحتاج إلى الادعـاء بالتزوير ولكنه يعني الطعن في قول المقر على أساس أنه قال خلافاً للحقيقة وهذا مما أجاز القانون إقامة الدليل على ما يخالفه[2] ، وبما أن المادة الأولى من المرسوم التشريعي

---

(١) ـ القاعدة ٣٣ من مجموعة القواعد القانونية الشرعية السورية .

(٢) ـ نصت المادة ٦ بينات سوري الموافقة للمـادة ٣٩١ قانون مدني مصري على ما يلي :

١ ـ تكون الأسناد الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أفعال مادية قام بها الموظف العام في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن بحضوره وذلك ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً .

٢ ـ أما ما ورد على لسان ذوي الشأن من بيانات فيعتبر صحيحاً حتى يقوم الدليل على ما يخالفه .

رقم ٨٨ / ١٩٤٩ قد منعت قبول البينة الشخصية ضد دليل كتابي فإن الادعاء بكذب الاقرار أو صوريته لايمكن إثباته بالبينة الشخصية وإنما تثبت اما بالبينة الخطية أو الإقرار أو اليمين . دون حاجة للادعاء بالتزوير واثباته . وعلى هذا استقر الاجتهاد ، فقد جاء في قرار لمحكمة النقض السورية بدمشق أن الادعاء بما يخالف الإقرار المسجل في صك النكاح لايحتاج الى الادعاء بالتزوير [١] وإن اقرار الزوج بعد عقد الزواج بانشغال ذمته بقسم من المهر فاسخ لما جاء في صك النكاح من أن المهر مقبوض بكامله [٢] وان البينة الشخصية لا تسمع لاثبات دفع معجل المهر الثابت بصك النكاح أنه غير مقبوض [٣] ولكن يمكن الاحتكام الى ذمة الخصم وضميره وتدينه بتوجيه اليمين اليه ، وقد استقر الاجتهاد على أنه لاتقبل البينة الشخصية في إثبات ما يخالف مضمون تقرير المحكمين [٤] .

ـ عدم جواز الاثبات بالبينة الشخصية والنظام العام :

٨٢ ـ استقر اجتهاد محكمة النقض الموقرة بدمشق على أن عدم جواز الاثبات بالبينة الشخصية في الأحوال التي يجب فيها الاثبات بالكتابة ليس من النظام العام ، وعلى من يريد التمسك بالدفع بعدم جواز الاثبات بالبينة الشخصية أن يتقدم بذلك لمحكمة الموضوع قبل البدء في سماع شهادة الشهود ، فاذا سكت عن ذلك عد سكوته تنازلاً منه عن حقه في الاثبات بالطريق الذي رسمه القانون [٥] وان السماح للخصم باثبات دعواه بالشهادة

---

(١) ـ القاعدة ٩١ من مجموعة القواعد القانونية الشرعية السورية .
(٢) ـ » ٩٤ » » » » » »
(٣) ـ » ٩٣ » » » » » »
(٤) ـ نقض دمشق مؤرخ في ٥/٤/١٩٧٠ ـ القانون لعام ١٩٧٠ ص ٧١٥
(٥) ـ القاعدة ٢٣ من مجموعة القواعد القانونية الشرعية السورية .

يعطي الحق للخصم الآخر لنفيها بالشهادة أيضاً . وإذا تخلف الخصم عن جلسة المحاكمة كان لخصمه أن يطلب من المحكمة اعتبار تخلفه مسوغاً لقبول الاثبات بالبينة الشخصية أو القرائن في الأحوال التي لا يجيز فيها القانون الاثبات بغير الكتابة وذلك عملاً بأحكام الفقرة الثانية من المادة ١٣٢ من قانون أصول المحاكمات .

٢ ـ **الشهادة :**

٨٣ ـ الشهادة من أقوى البينات في القضايا الشرعية وهي تأتي في المقام الأول ولا يمنع سماعها إلا في القضايا المالية التي تخالف أو تجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي . وتقوم البينة بالشهادة على أمانة الشهود ودقة ملاحظتهم وقوة ذاكرتهم . والأصل فيها ان تكون شهادة مباشرة ، فيقول الشاهد ما وقع تحت سمعه أو بصره من وقائع ، أو تكون شهادة سماعية فيذكر الشاهد ما سمعه عن الغير ، أي ماسمعه من شاهد مشاهد الواقعة بأم عينه ، أو تكون شهادة بالتسامع وهي شهادة بما يتسامعه الشاهد من الناس وهي شهادة ضعيفة لايمكن للمحكمة التحري عن صحتها ، ولذلك فهي شهادة غير مقبولة إلا في أمور معينة وضمن حدود ضيقة . وفي الفقه الاسلامي لاتقبل الشهادة بالتسامع إلا في مسائل معينة ، هي الشهادة بالنسب وبالموت وبالنكاح وبالدخول وبولاية القاضي وبأصل الوقف وبشرائطه وبالعتق وبالولاء وبالمهر ... وإذا قبلت الشهادة بالتسامع فهي كالشهادة الأصلية [١]

وقد جاء في الاجتهاد السوري أن الشهادة بالنكاح والنسب تقبل بالتسامع

---

(١) ـ الوجيز للسنهوري ج ١ ص ٦٣٣

والشهرة . كما هو الراجح في المذهب الحنفي بدلالة المادة ٣٠٥ احوال [١]

وجاء في اجتهاد آخر أن الزواج مما يجوز الشهادة عليه بالسماع [٢]

ـ النصاب الشرعي للشهادة :

٨٤ — إن المشرع وإن كان قد أجاز الاثبات بالشهادة بالنسبة للقضايا الشرعية إلا أنه قيد ذلك بالنصاب الشرعي للشهادة ، ومنع القاضي من الحكم بشهادة الفرد إلا في الأحوال المقررة شرعاً . (فقرة ب من المادة ١ من المرسوم ١٩٤٩/٨٨) .

والنصاب الشرعي للشهادة كما جاء في كتب الفقه هو رجلان أو رجل وامرأتان عدول (م ١٤٥ قدري باشا) . ولذلك فقد استقر اجتهاد محكمة النقض بدمشق على أن شهادة ثلاث نسوة لايحقق النصاب الشرعي للشهادة [٣] وكذلك شهادة أربع نسوة لايحقق هذا النصاب ولا بد من أن يكون هناك رجل بين الشهود [٤] وان شهادة الشاهد الواحد ولو اقترنت بيمين متممة لاتحقق النصاب [٥] .

ولا تسمع المرأتان منفردتين وإنما تسمعان معاً خوفاً من أن تضل احداهما فتذكرها الأخرى [٦] .

( ) — قرار محكمة النقض — الغرفة الشرعية رقم ٢٨٩ تاريخ ٩٦١/١٠/٨ مجموعة القواعد القانونية الشرعية السورية ص ١٤

(٢) — القانون لعام ١٩٥٨ — عدد ٨ — ص ٥١٢

(٣) — قاعدة ١٥ من مجموعة القواعد القانونية الشرعية السورية

(٤) — المرجع السابق قاعدة ١٦

(٥) — المرجع السابق قاعدة ١٨

(٦) — المرجع السابق قاعدة ١٢ .

٨٥ ـ أما شهادة الفرد فقد أجاز القانون سماعها والاعتماد عليها في الحكم في الأحوال المقررة شرعاً ومنها :

ـ إذا ادعت الزوجة المنكوحة الولادة وجحدها الزوج تثبت بشهادة امرأة مسلمة ، حرة ، عدلة ، ولو أنكر تعيين الولد فإنه يثبت تعيينه بشهادة القابلة المتصفة بما ذكر (م ٣٤٨ قدري باشا) .

ـ وذهب الفقهاء إلى ثبوت جميع الحقوق ما عدا الزنا بشاهدين عدلين ذكرين ، واتفقوا على أن الأموال تثبت بشاهد عدل ذكر وامرأتين لقوله تعالى (فرجُلٌ وامرأتان مِمَّن ترضونَ من الشُهداءِ) واختلفوا في قبولها في الحدود فالذي عليه الجمهور أنه لاتقبل شهادة النساء في الحدود لا مع رجل ولا مفردات ، وقال أهل الظاهر تقبل إذا كان معهن رجل وكان النساء أكثر من واحدة في كل شيء على ظاهر الآية ، وقال أبو حنيفة تقبل في الأموال وفيما عدا الحدود من أحكام الأبدان مثل الطلاق والرجعة والنكاح والعتق وأما شهادة النساء مفردات ، يعني النساء دون الرجال فهي مقبولة عند الجمهور في حقوق الأبدان التي لايطلع عليها الرجال غالباً مثل الولادة والاستهلال وعيوب النساء . لا خلاف في شيء من هذا إلا في الرضاع فان أبا حنيفه لايقبل فيه شهادتهن إلا مع الرجال لأنه عنده من حقوق الأبدان التي يطلع عليها الرجال والنساء ، والذين قالوا بقبول شهادتهن مفردات في هذا الجنس اختلفوا في العدد المشترط في ذلك منهن ، فقال مالك يكفي في ذلك امرأتان ، قيل مع انتشار الأمر ، وقيل وإن لم ينتشر ، وقال الشافعي ليس يكفي في ذلك أقل من أربع لأن الله

عز وجل قد جعل عديل الشاهد الواحد امرأتين واشترط الاثنينية ، وأجاز أبو حنيفة شهادة المرأة فيما بين السرة والركبة (١) .

٨٦ - ومن الجدير بالذكر أنه يحق لطالب الاثبات بالشهادة أن يطلب الاستماع إلى خمسة من شهوده (م ٦٨ بينات) يسمهم دفعة واحدة أو على دفعات . ويحق للمحكمة أن تجيزه بطلب أكثر من خمسة شهود إذا وجدت ضرورة لذلك . وإن سماع القاضي لعدد من الشهود يزيد عن النصاب يعد اجازة ضمنية بذلك (٢) وليس للمحكمة أن تطلب من الخصم حصر شهوده (٣) وعلى المحكمة أن تفصح عن رأيها بعدم كفاية شهادة الشهود حتى يتسنى للخصم أن يسمي بقية شهوده تتمة للنصاب (٤) .

- ويتوجب على الخصم الذي يطلب الاثبات بالشهادة أن يبين الوقائع التي يريد اثباتها في طلباته الكتابية أو شفاهاً في الجلسة وأن يسمي شهوده (م ٦٨ بينات) . وأن تكون الشهادة بحضور المشهود عليه (م ٧٧ بينات) وأن يستجوب الشاهد ويناقشه (م ٧٩ بينات مع مذكرتها الايضاحية) وعلى القاضي أن يشير إلى أسماء الشهود في الحكم ويذكر ملخصاً من أقوالهم حتى يتيح ذلك لمحكمة النقض ممارسة رقابتها طبقاً للفقرة د من المادة ٢٥٠ أصول محاكمات (٥) . كما عليه أن يحلف الشاهد اليمين

---

(١) - بداية المجتهد ج٢ ص ٤٥٤

(٢) - فقرة ٤٩٨ من قانون البينات لجورج كرم

(٣) - بلاغ وزارة العدل رقم ٧٥٢٠ ، تاريخ ١٩٤٧/٩/١٧

(٤) - نقض دمشق رقم ٧١٢ تاريخ ١٩٦٣/٤/١٣ - القانون لعام ١٩٦٣ ص ٣٢٧ .

(٥) - قاعدة ١٢ من مجموعة القواعد القانونية الشرعية السورية .

ويسمعه على انفراد من بقية الشهود . وان الاستماع لشهود أحد الأطراف يعطي الحق للطرف الآخر بتقديم بينته المعاكسة وطلب الاستماع إلى شهوده .

وفي دعوى النسب خاصة استقر الاجتهاد على أنه لاتصح الشهادة إذا لم يذكر الجد الجامع الذي يجتمع فيه مدعي النسب أو الارث مع الميت . وقد كان فقهاء الشريعة الاسلامية قد عللوا ذلك بأنه إذا لم يذكر الجد الجامع لايحصل العلم للقاضي بدون ذكره ، وهذا التعليل سديد بحيث يتوجب الأخذ به لبناء القناعة على مستند صحيح ، إذ لو فرض غير ذلك لحاق بالقناعة الشك من جميع جوانبها ولما أمكن الأخذ بها كدليل سليم[1]

– تقدير قيمة الشهادة :

٨٧ – إن تقدير قيمة الشهادة وترجيح البينات متروك لقاضي الموضوع ولا رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض ، إلا أن ذلك مشروط بالتعليل الكافي لاسباب قناعته وهذا التعليل خاضع لرقابة محكمة النقض إذ يجب أن يكون القرار متسماً بحسن الاستنتاج وسلامة التقدير .[2] .

٣ – الاقرار :

٨٨ – نصت المادة ٩٣ من قانون البينات على أن الإقرار هو إخبار الخصم أمام المحكمة بحق عليه لآخر .

والاقرار نوعان : إقرار قضائي وإقرار غير قضائي

فالاقرار القضائي هو اعتراف الخصم أو من ينوب عنه نيابة خاصة بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أمام القضاء أثناء السير في الدعوى

(١) – المرجع السابق قاعدة ٢٤ .

(٢) – نقض دمشق رقم ٣٦ – مجلة نقابة المحامين لعام ١٩٦٣ ص ١٤ والقرار المنشور في القانون لعام ١٩٥٣ ص ٢٩٤ .

المتعلقة بهذه الواقعة (م ٩٤ بينات) والاقرار غير القضائي هو الذي يقع في غير مجلس الحكم أو يقع في مجلس الحكم في غير الدعوى التي أقيمت بالواقعة المقر بها (م ٩٥ بينات) . ويشترط أن يكون المقر عاقلاً بالغا غير محجور عليه ، فلا يصح اقرار الصغير والمجنون والمعتوه والسفيه ، ولا يصح على هؤلاء اقرار أوليائهم وأوصيائهم والقوام عليهم ، ولكن الصغير المميز المأذون يكون لإقراره حكم اقرار البالغ في الأمور المأذون فيها (م ٩٦ بينات) أما الزوجة القاصرة فلا يقبل اقرارها إلا فيما يتعلق بحقوقها الزوجية ولا ينسحب إلى المنازعات العادية[١] وقد استقر الاجتهاد السوري على أن ولي القاصر إذا أقر بعلمه بالغلط في عقد أبرمه بولايته على القاصر ، سرى اقراره على القاصر ،[٢] ومتي وجهت الخصومة إلى الولي بصفته أحد طرفي العقد بالولاية عن ابنه القاصر ، فإن شخصه يكون محل الاعتبار واقراره يسري بحق القاصر[٣] .

أنواع الاقرار القضائي

٨٩ ـ للاقرار القضائي ثلاثة أنواع وهي :

١ ـ الإقرار البسيط .

٢ ـ الإقرار الموصوف .

٣ ـ الإقرار المركب .

فالإقرار البسيط هو الاعتراف بكل الحق المدعى به ، كما إذا ادعى شخص على آخر ديناً فأقر به كله من غير أن يدعي وفاء شيء منه .

---

(١) ـ قاعدة ٦٩٢ من قانون البينات لجورج كرم .

(٢) ـ نقض دمشق ٣٥٢ ـ المحامون لعام ١٩٦٦ ـ عدد ٦ ص ٢٠٧ .

(٣) ـ نقض دمشق ٢٦٦ القانون لعام ١٩٦٦ عدد ٦ ص ٥٦٠

أما الإقرار الموصوف فهو عدم الاعتراف بالأمر المدعى بـه كما هو وإنما الاعتراف به موصوفاً معدلاً . كما إذا ادعى شخص على آخر ديناً حالاً فاعترف به المدين مؤجلاً أو مقسطاً . فيعتبر اقراره هـذا مقروناً بالوصف ولا يصح تجزئته ، فإما أن يأخذ به القاضي كاملاً وإما أن يكلف المدعي اثبات ما ادعاه .

وأما الإقرار المركب فهو الاقرار الصـادر بواقعة أصلية غير معدلة ولا موصوفة وإنمـا هو مصحوب بواقعة أخرى منفصلة عنها تحدث بعـد حصولها . وهي إما أن تكون مرتبطة بالواقعة الأصلية ويصح أن تكون دفعاً لها وإما لا . فإذا كانت مرتبطة بها بحيث تؤثر على كيانها ووجودها القانوني فالاقرار لا يتجزأ ، كما إذا ادعى شخص على آخر ديناً فأقر بـه وإنما زاد على ذلك أنه أوفاه إياه أو وفاه جزءاً منه فهذا الاقرار لايتجزأ إذا حصل في مجلس الحكم ، أما إذا أقر الخصم بالدين في مجلس ثم عاد في جلسة اخرى وادعى الوفاء يلزم بالدين ويكلف باثبات الوفاء .

وإذا كانت الواقعة الأخرى غير مرتبطة بالواقعة الأصلية بحيث يكون حصولها لايتحتم معه وجود هذه الواقعة الأصلية فليس هنـاك ما يمنع من تجزئة الاقرار ، كما إذا ادعى شخص على آخر ديناً فاعترف به وإنما ادعى المقاصة فيه ، فإنه في هـذه الحـالة يلزم باثبات الدين الذي له بالطرق المعتادة لأن كلاً من الدينين مستقل عن الآخر وله وجود ذاتي وبذلـك يجزأ الاقرار [1] .

ومن الجدير بالذكر أن اليمين لايمكن أن تجزىء الاقرار ، فلا يمكن أن تنصب اليمين لاثبـات الدين دون أن تنصب على الوفاء بـه إذا أقر المدين بالدين والوفاء معاً .

(١) — رسالة الاثبات في التعهدات لأحمد نشأت ج ٢ ص ٤٤

وقد جاء في اجتهاد لمحكمة النقض السورية بدمشق أن الاقرار بقبض مبلغ والانفاق منه على قاصر اقرار قابل للتجزئة لأنـــه اقرار مركب يتألف من واقعتين مستقلتين ولا يستدعي احداها وجود الأخرى [1]

ـ شروط الاقرار القضائي :

٩٠ ـ يشترط في الاقرار حتى يعتبر اقراراً قضائياً أن يكون أمام قاضي الحكم ، ولذلك فان الاقرار أمام النيابة العامة لايعتبر اقراراً قضائياً ، وليس الأمر مقصوراً على القاضي العادي بل إن الاقرار أمام كل هيئة يعطيها القانون سلطة الفصل في أمر يعتبر الاقرار أمامها فيما يتعلق بهذا الأمر اقراراً قضائياً كلجان ايجارات المساكن والقضاء الاداري . وبما أن المحكمين لهم سلطة قضائية للفصل في موضوع النزاع المعروض عليهم فان الاقرار أمامهم يعتبر اقراراً قضائياً [2] سواء كانوا محكمين في قضية مدنية أو في دعوى تفريق شرعية .

ويشترط أن يكون الاقرار أمام محكمة مختصة ، أو أمام محكمة غير مختصة في الأحوال التي لايعتبر فيها الاختصاص من النظام العام .

٩١ ـ ويشترط أيضاً حتى يكون الاقرار قضائياً أن يكون في أثناء سير الدعوى الخاصة بالحق المقر به فاذا حصل الاعتراف في مجلس القضاء ولكن في دعوى أخرى كان اقراراً غير قضائي لأن صاحبه لايقصد بـه أن يتعدى أثره تلك القضية ، ولذلك كان الاقرار الذي يصدر في دعوى لايعتبر اقراراً قضائياً في دعوى أخرى ولو كانت بين الخصوم أنفسهم ولو لم يتغير موضوع النزاع وذلك فيما إذا جاء سبب الدعوى الأخرى مخالفاً

(١) ـ قاعدة ٧٥١ من قانون البينات لجورج كرم

(٢) ـ رسالة الاثبات في التعهدات ج ٢ ص ١٧ والوجيز للسنهوري ج ١ ص ٦٨١

لسبب الدعوى التي حصل فيها الاقرار . وإذا أخذت محكمة الموضوع باقرار صدر في دعوى أخرى على أساس أنه اقرار قضائي كان حكمها معيباً ومستوجباً النقض أما إذا كان في نفس الدعوى فلا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك .

- **قوة الاقرار القضائي :**

٩٢ — إن الاقرار القضائي إذا استوفى أركانه وشرائطه كان حجة قاطعة يتوجب على القاضي الأخذ بها ، إلا أن تلك الحجة حجة قاصرة فقط على المقر ، فلا يسري على غيره ، ومتى صدر الاقرار فلا يملك صاحبه الرجوع عنه لتعلق ذلك بحق الخصم ، الا ان ذلك لايمنعه أن يثبت أنه صدر عنه غلط أو كان الاقرار بسبب غش أو تدليس أو اكراه أو أنه كان صورياً ، أما اذا أراد المقر [١] الرجوع عن اقراره بحجة أنه لم يكن يعلم النتائج القانونية المترتبة عليه فانه لا يملك ذلك لأنه لاجهل في القانون .

أما الاقرار غير القضائي فان تقدير قيمته في الاثبات يعود إلى محكمة الموضوع . وعلى كل حال فإن الاقرار غير القضائي يجب أن يكون خطياً حتى يمكن اعتماده في الاثبات ، ولا يجوز اثباته في الشهادة [٢]

---

(١) — ويسري أثر الإقرار على خلف المقر العام كالوارث والموصي له بحصة من التركة على أن هذا لايمنع الوارث أن يطعن في إقرار مورثه ليثبت على أنه في حقيقته يخفي وصية ولا يمنع الموصى له أن يطعن في إقرار الموصي على أنه صدر منه وهو فاقد الأهلية مثلاً .

(٢) — قاعدة ٦٩٠ من قانون البينات لجورج كرم

٤ ـ القرائن :

القرائن نوعان وهي :

آ ـ قرائن قانونية .

ب ـ قرائن قضائية :

آ ـ القرائن القانونية :

٩٣ ــ نصت المادة ٨٩ من قانون البينات على أن القرينة التي ينص عليها القانون تغني من تقررت هذه القرينة لمصلحته عن أية طريقة اخرى من طرق الاثبات ، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك .

ويعتبر التقادم من القرائن القانونية كما أن السكوت عن الجواب قرينة على صحة الدعوى وكذلك التخلف عن الحضور إلا اذا كان الخصم هو هو الدولة لأن التخلف عن الحضور يعتبر اقراراً ضمنياً للخصم بصحة ادعائه وإن ممثلي الدوائر الرسمية والمؤسسات لايملكون حق الاقرار عن الدوائر التي يمثلونها ولذلك إذا تغيب ممثل الدولة وجب على القاضي تكليف المدعي للاثبات وعدم اعتبار غياب ممثل الدولة قرينة تسوغ للقاضي الحكم وفق طلبات المدعي إذا لم يستطع إثباتها [١] ومثل ذلك غياب ولي القاصر لايمكن اعتباره مسوغاً للحكم في الدعوى وإقراراً بصحة دعوى المدعي طالما أن ولي القاصر لا يملك حق الإقرار عنه [٢] على أن التخلف بعد إنكار الدعوى لا يعتبر قرينة قانونية على صحة الادعاء .

---

(١) ـ القاعدة ٥٦٨ من قانون البينات لجورج كرم

(٢) ـ القاعدة ٥٧٠ من قانون البينات لجورج كرم

وقد استقر الاجتهاد على أن قرينة التخلف يمكن اعتبارها سبباً قانونياً للحكم في القضايا الشرعية ما عدا قضايا التفريق ، لأن قضايا التفريق لها نظام خاص نصت عليه المادة ١١٢ أحوال شخصية كتأجيل الدعوى شهراً أملاً بالمصالحة ومن ثم تعيين حكمين للنظر في أسباب الشقاق إلى غير ذلك ، فلا يملك القاضي التفريق استناداً إلى قرينة التخلف وانما يتوجب عليه تطبيق المادة ١١٢ أحوال واعمال جميع الاجراءات التي نص عليها .[١] ومن المعروف أن الاعتماد على قرينة التخلف في الحكم أمر متروك للقاضي وفق أحكام المادة ١٣٢ أصول محاكمات فإن شاء أخذ بها وإن شاء كلف المدعي بالإثبات ، على أنه يحق للمدعي في حالة تخلف المدعي عليه أن يطلب من القاضي اجازته الاثبات بالبينة الشخصية في الأحوال التي لايجيز فيها القانون الاثبات بها .

ب - القرائن القضائية :

٩٤ — نصت المادة ٩٢ من قانون البينات على أن القرائن القضائية هي القرائن التي لم ينص عليها القانون وأمكن القاضي أن يستخلصها من ظروف الدعوى وأن يقتنع بأن لها دلالة معينة ، ويترك لتقدير القاضي استنباط هذه القرائن ، ولا يجوز الاثبات بالقرائن القضائية إلا في الاحوال التي يجوز فيها الاثبات بالشهادة .

وفي الدعاوى العادية تكفي القرائن القضائية في كثير من الحالات في اثبات الدعوى إلا أن المشرع لم يعتبر القرينة القضائية وحدها سبباً كافياً للحكم في القضايا الشرعية (فقرة ج من المادة ١ من المرسوم ١٩٤٩/٨٨) .

---

(١) — قرار نقض دمشق رقم ٣٢٢ تاريخ ١٩٦٧/٧/٢٦ والقرار رقم ٢٤٥ تاريخ ١٩٦٣/٦/٣٠ — القاعدتان ٢٩ — ٣١ من مجموعة القواعد القانونية الشرعية السورية .

وقد استقر اجتهاد محكمة النقض بدمشق على أنه ليس ما يمنع القاضي من أن يتخذ القرينة القضائية سبباً من أسباب قناعته بالشهادة [1] .

ومن الأمثلة على القرائن القضائية أن يستدل القاضي من قيام الزوجية بين المتعاقدين على صورية العقد المبرم بينهما . ومنها أيضاً أن يستدل القاضي من وجود سند الدين عند المدين على وفاء الدين ، ومنها وجود أثاث بمنزل زوجين مسلمين قرينة على أن الاثاث ملك للزوجة حتى يثبت العكس اذ أن القرائن القضائية قابلة لاثبات العكس . وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن القرينة هي استنباط أمر مجهول من واقعة ثابتة معلومة ، بحيث إذا كانت هذه الواقعة محتملة وغير ثابتة بيقين فانها لا تصلح مصدراً للاستنباط [2] .

٥ - المعاينة :

٩٥ - المعاينة المادية هي من أهم الأدلة في بعض المسائل الشرعية . ونقصد بالمعاينة الكشف الذي يقوم به القاضي بنفسه سواء بالانتقال إلى مكان خارج المحكمة أو بجلب المعاين إلى المحكمة لرؤيته ومشاهدته .

ويوجد في الدعاوى الشرعية بعض الأمور لا تثبت إلا بالمعاينة ، وبعضها يثبت بالمعاينة كما يثبت بالأدلة الأخرى .

فشرعية المسكن لاتثبت إلا بمعاينة من قبل القاضي بالذات ، ولذلك يتوجب الكشف عليه بانتقال المحكمة إلى مكانه للتحقق من شرعيته ، واستثنى الاجتهاد من ذلك حالة واحدة وهي إذا كان الزوج فقيراً لايستطيع دفع نفقات الكشف وكان يمكن للقاضي التوثق من شرعية المسكن بالأدلة القانونية الأخرى ، فلا يجوز للقاضي في هذه الحالة أن يجعل من عجز

---

(١) - القاعدة ٣٢ من مجموعة القواعد القانونية الشرعية السورية .

(٢) - نقض مدني ٢٧/٤/١٩٦١ - مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٥٦ ص ٣٩٩

الزوج عن دفع نفقات الكشف سبباً لرد دعواه بالمتابعة [1] وأهلية الحاضنة للحضانة يمكن أن تثبت بمعاينتها من قبل المحكمة إذا كان المانع من ممارسة الحضانة يستطيع غير الطبيب التثبت من وجوده ، كما اذا طعن في حاضنه أنها صماء أو عمياء فان المحكمة تستطيع للتثبت من عدم وجود هذه العاهات بمعاينتها للحاضنه ومشاهدتها واستجوابها [2] .

ويستخدم القاضي المعاينة أيضاً للتأكد من حال الصغير حتى يقرر تمديد حضانته أو تسليمه لوليه ، فاذا ظهر له نتيجة معاينته له أنه لايزال بحاجة الى حضانة النساء قرر تمديد حضانته الى الحد الذي سمح به المشرع والا فيقرر تسليمه الى وليه . وهذا متروك لتقدير القاضى ولا رقابة عليه في ذلك لمحكمة النقض [3] ويحق للمحكمة أن تقرر المعاينة من تلقاء نفسها ودون طلب من الخصوم . وقد نصت المادة ١٣٤ من قانون البينات على أنه يجوز للمحكمة أن تقرر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم معاينة المتنازع فيه بجلبه الى المحكمة أو الانتقال اليه، ولها أن تنتدب أحد قضاتها لهذه الغايه . ويذكر في القرار الصادر في هذا الشأن موعد المعاينة ، ولها أن تنيب عنها في ذلك المحكمة التي يقع في منطقتها الشيء المتنازع فيه وفي هذه الحالة يبلغ قرار الانابة الى رئيس هذه المحكمة ويتضمن جميع البيانات المتعلقة بالخصوم وموضوع المعاينة .

---

(١) نقض دمشق قرار ٢٠ تاريخ ١٩٦٢/١/٣١ ـ القاعدة ١٥٧ من مجموعة القواعد القانونية الشرعية السورية .

(٢) نقض دمشق قرار ٣٥١ تاريخ ١٩٦٨/٩/٢٦ ـ القاعدة ١٠٣٢ من مجموعة القواعد القانونية الشرعية السورية .

(٣) القاعدتان ١١٠٠ ـ ١١٠١ من مجموعة القواعد القانونية الشرعية

٦ – الخبره :

٩٦ – نصت المادة ١٣٨ من قانون البينات على مايلي :

١ – اذا كان الفصل في الدعوى موقوفاً على تحقيق أمور تستلزم معرفة فنيه كان للمحكمة من تلقاء نفها أو بناء على طلب الخصوم ان تقرر اجراء تحقيق فني بواسطة خبير واحد أو ثلاثة خبراء .

والخبرة لازمة وهامه في بعض الأمور الشرعية ، فاذا طعن بالحاضنة على انها مريضة مرضاً يؤثر على صحة المحضون كان لابد من تكليف أحد الاطباء، للكشف عليها والتأكد من سلامتها .

واذا طعن في قيمة الأشياء الجهازية وأنها لا تعادل معجل المهر المتفق عليه كان لابد من تعين خبير أو خبراء مختصين لتقدير قيمتها لأن تقدير القيمة من الأمور الفنية التي لاتستطيع المحكمة أن تقدرها من تلقاء نفسها .

وان العجز عن الكسب لأفة بدنية لايثبت الا بتقرير طبي يبين نسبة هذا العجز ومدى اقعاد صاحبه عن العمل . وهكذا .

وقد استقر الاجتهاد على أنه ليس للمحكمة أن تستغني عن اجراء الخبرة الا اذا تأكد لها أنها غير منتجة في الدعوى .[1] وعلى المحكمة أن تستعين بالخبراء في كل علم لتحقيق ماهو داخل ضمن اختصاصهم[2]

حجية الخبرة :

٩٧ – لقد جاء في الفقرة ١٨٦ من المذكرة الايضاحية لقانون البينات المتعلقة بالمادة ١٥٥ منه ما يلي :

---

(١) نقض دمشق قرار ٧٦٤ تاريخ ١٩٦٦/١١/٦ – القانون لعام ١٩٦٧ ص ٢٨٠

(٢) نقض دمشق قرار ٢٢٢٤ تاريخ ١٩٦٨/٩/٢٥ – المحامون لعام ١٩٦٨ ص ٤٠٨

« أهم حكم ورد في هذا الباب هو ترك تقدير أعمال المعاينة والخبرة الى رأي المحكمة تستنبط منها ماتقنع بدلالته على الحق ، بشرط أن تبين الأسباب التي تدعوها الى عدم الأخذ برأي الخبير كلاً أو بعضاً ، فالمعاينة في التشريع الحالي ليست من اسباب الحكم . وأما الخبرة فقد استقر الأجتهاد على أنها تقيد المحكمة بحيث يمتنع عليها النظر في رأي الخبير بالتعديل ذهاباً الى أن ذلك من باب حكم القاضي بعلمه ، مع أن النظر في رأي الخبير لاصلة له بعلم القاضي المقصود في هذا الموضوع ، لأن العلم الذي يمتنع على القاضي أن يحكم بمقتضاه هو ما يطلع عليه بصورة خاصة لاما يطلع عليه بحكم ولايته بعد عرض النزاع على المحكمة ، وقد أدى هذا الاجتهاد الخاطىء الى أن الخبير صارت له في الدعوى سلطة تضاهي سلطة القضاء » .

وهذا السبب هو الذي حدا بالمشرع لوضع المادة ١٥٥ بينات والتي جاء فيها أن رأي الخبير لايقيد المحكمة ، واذا حكمت المحكمة خلافاً لرأي الخبير وجب عليها بيان الاسباب التي أوجبت اهمال هذا الرأي كله أو بعضه .

٧ ـ اليمين :

٩٨ ـ اليمين نوعان : يمين حاسمة ويمين متممة .

فاليمين الحاسمة هي اليمين التي يوجهها الخصم إلى خصمه محتكماً فيها إلى ضميره وتدينه لحسم النزاع ، فإذا حلفها الخصم انتهى النزاع برد دعوى المدعي ، وان نكل عن حلفها اعتبر نكوله اقراراً بالدعوى . أما اليمين المتممة فهي اليمين التي يوجهها القاضي إلى أي من الخصمين ليستكمل بها الأدلة التي قدمها هذا الخصم .

ويجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى في كل نزاع ، إلا أنه لايجوز توجيهها في واقعة ممنوعة بالقانون أو مخالفة للنظام العام أو الآداب (ف ٢ من المادة ١١٤ بينات) ويحق لمن وجهت اليه اليمين أن يردها على خصمه ، على أنه لا يجوز الرد إذا انصبت اليمين على واقعة لايشترك فيها الخصمان ، بل يستقل بها شخص من وجهت اليه اليمين .

ولا يجوز لمن وجه اليمين أو ردها أن يرجع في ذلك متى قبل خصمه أن يحلف (م ١١٦ بينات) على أنه يحق لمن قبل حلف اليمين أن يطلب تعديلها ، كما يحق له أن يعدلها ويردها على خصمه ، وإذا ردت اليمين بصيغة مختلفة عن الصيغة الموجهة فيها كانت يميناً جديدة ، ويستطيع من وجهت اليه أن يردها إلى من وجهها ولا يعتبر رفض حلفها نكولاً [1] وان توجيه اليمين يتضمن التنازل عما عداها من البينات بالنسبة إلى الواقعة التي ترد عليها فلا يجوز للخصم أن يثبت كذب اليمين بعد أن يؤديها الخصم الذي وجهت اليه ، أو ردت عليه . على أنه إذا ثبت كذب اليمين بحكم جزائي فإن للخصم الذي أصابه ضرر منها أن يطالب بالتعويض دون اخلال بما قد يكون له من حق في الطعن على الحكم الذي صدر ضده بسبب اليمين الكاذبة . (م ١٢٠ بينات) . ولذلك كان حلف اليمين يمنع المحلِّف من تقديم بينات جديدة ولكن الحلف لا يمنع الحالف من الاقرار بحق المحلِّف .

حجية اليمين :

٩٩ — لليمين المتممة حجية ضعيفة في القضايا الشرعية لأن اليمين

(١) نقض دمشق ١٠٦٣ تاريخ ١٩٦٩/٨/٢٤ — المحامون لعام ١٩٦٩ ص ٢٨٣

المتممة لاتعدو أن تكون قرينة لايصح الحكم بها وحدها في القضايا الشرعية وهي لا تكسب الشهادة أي قوة ما لم تكن الشهادة مستوفية للنصاب الشرعي . [1]

١٠٠ – أما اليمين الحاسمة فلها حجة كاملة يتوجب على القاضي قانوناً الحكم بموجبها وليس للخصم أن يثبت كذب اليمين بعد أن يؤديها خصمه ، ولا يمكن للمدعي الذي حلف خصمه اليمين الحاسمة إلا أن يخسر دعواه ما لم يرجع الخصم ويقر في الدعوى إقراراً قضائياً . إلا أن حجية اليمين الحاسمة حجية قاصرة على من وجهها ومن وجهت اليه ، وإن بطلان اليمين الموجهة إلى أحد الخصوم لا يمتد أثره إلى غيره ممن وجهت اليه اليمين صحيحة [2] .

وقد استقر اجتهاد محكمة النقض بدمشق على أن النكول عن حلف اليمين الحاسمة أمام قاض غير مختص لايخرج عن كونه قرينة لايصح الحكم بها وحدها في القضايا الشرعية [3] ولا يجوز أعمال أثر اليمين الحاسمة التي يحلفها الوصي في حق القاصر ، لأن اليمين الحاسمة عمل من أعمال التصرف التي لا يجوز للقاصر مباشرتها [4] .

- قواعد الاثبات أمام المحاكم الروحية :

١٠١ – بموجب المادة العاشرة من القرار ٦٠ ل . ر لعام ١٩٣٦ المعدلة بالقرار ١٤٦ ل . ر لعام ١٩٣٨ يخضع السوريون المنتمون إلى الطوائف

---

(١) نقض دمشق ٤٥٤ تاريخ ٢١/١٠/١٩٧٠ – القاعدة ٢٦ من مجموعة القواعد القانونية الشرعية السورية .
(٢) قاعدة ٨٣ من مجموعة المبادىء القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية في خمس سنوات .
(٣) القاعدة ٣٦ من مجموعة القواعد القانونية الشرعية السورية .
(٤) القاعدة ٨٤ من مجموعة المبادىء القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية في خمس سنوات .

المعترف بها أنها ذات أحوال شخصية لنظام طوائفهم الشرعي في الأمور المتعلقة بالأحوال الشخصية .

وقد ذهب البعض إلى أن ذلك يعني قواعد الاثبات والأساس في آن واحد . وحيث أن المشرع السوري عندما أصدر قانون البينات لم يعتبر أحكامه نافذة في المحاكم الروحية كما اعتبرها نافذة في المحاكم الشرعية فان المحاكم الروحية لا تلتزم بتطبيق هذا القانون وانما ترجع في وسائل الاثبات الى نظام الطائفة الخاص . وغالباً إلى الاجتهاد الشخصي لرئيس المحكمة .

ولذلك نرى بين الحين والحين ثورة على الاجراءات ووسائل الاثبات في المحاكم الروحية يقودها بين الفينة والفينة محامون وأساتذة جامعات مطالبين باخضاع المحاكم الروحية للقوانين النافذة والا فالغاؤها يكون أكثر فائدة للمتقاضين .

ومنذ فترة وجيزة نوه الأستاذ المحامي سهيل أيوب بالمخالفات الخطيرة للأصول والقانون ومبدأ العدالة عند المحاكم الروحية . وذكر أن محكمة روحية أصدرت حكماً بالطلاق بين زوجين دون طلب أو دعوة المتخاصمين ودون دعوى مسجلة أصولاً . وأن رئيس محكمة روحية بعد أن أصدر قراراً اعدادياً باحالة المدعية إلى الفحص الطبي لتقرير آثار الضرب والشدة الواقعين على جسدها ، تراجع عن قراره وقام هو نفسه بهذا الفحص وكأنه طبيب أو خبير أخصائي في هذه الأمور .

وان احدى المحاكم الروحية أصدرت حكم طلاق لعلة الزنا دون إثبات لهذا الزنا أصولاً . [١]

---

(١) محامون لعام ١٩٧٢ ـ عدد ٧ ص ٢٧٨

١٠٢ – والرأي القانوني في هذا الأمر أن المحاكم الروحية تطبق في الاثبات قواعدها الخاصة ان كان يوجد لديها مثل تلك القواعد والأحكام في قوانينها الخاصة ، فان لم يكن لديها مثل تلك الأحكام توجب عليها تطبيق أحكام قانون البينات على أساس أنه هو القانون العام الواجب التطبيق عندما لا يوجد نص خاص تعمل به تلك المحاكم ، وهذا ما ذهبت اليه فعلاً محكمة النقض السورية عندما عرضت عليها قضية صادرة عن المحكمة الاستئنافية الروحية الأرثوذكسية انصب فيها طعن الطاعن على طريقة أثبات العنة فقررت محكمة النقض استناداً الى قانون البينات أن العجز الجنسي ـ العنة ـ واقعة مادية يجوز اثباتها بجمع الطرق ومنها القرائن مما يدخل في تقدير محاكم الأساس [٢] .

- **قواعد الاثبات امام المحكمة المذهبية :**

١٠٣ – لا يوجد نص قانوني يلزم المحكمة المذهبية بتطبيق قانون البينات ولذلك يتوجب على المحكمة تطبيقه على أساس أنه قانون عام وذلك في حال عدم وجود قواعد خاصة للاثبات لدى الطائفة الدرزية .

- **قواعد الاثبات أمام المحكمة المدنية :**

١٠٤ – تطبق المحكمة المدنية السورية قانون الاثبات السوري عندما تنظر في قضايا الأحوال الشخصية لأنه هو القانون النافذ في جميع القضايا التي يدخل ضمن اختصاصها النظر فيها .

---

(١) القرار المؤرخ في ١٩٦٩/٩/٢١ ـ القانون لعام ١٩٧٠ ص ٤

الباب الثاني

ويحتوي :

١ — الزواج

٢ — مقدمات الزواج

٣ — الخطبة وآثار العدول عنها

٤ — عقد الزواج

٥ — أنواع الزواج وأحكامه

٦ — العيوب المنسية

الـــزّواج

- المعنى اللغوي :

١٠٥ - الزواج في اللغة هو الاقتران والازدواج فيقال زوج الشيء بالشيء وزوجه إليـه أي قرنه به . قال تعـــالى في القرآن الكريم : « احشُرُوا الذينَ ظلمُوا وأزواجهُم وما كانُوا يَعبُدُونَ » (صافات ٢٢) أي احشروهم وقرناء السوء .

وتقول العرب : زوج فلان ابله ، أي قرن بعضها ببعض .

ثم اطلق اللفظ على اقتران الرجـل بالمرأة حتى اشتهر بذلك ، وجـاء المعنى في كتب الفقه بلفظ النكاح ، والنكاح لغـة هو الضم والوطء ، واطلق مجازاً على الزواج ، لأن الزواج سبب يبيح الوطء ، وقـــال الشاعر في معنى الضم .

ضممت إلى صدري معطر صدرها   كما نكحت أم للغلام صبيهـــا

أي كما ضمته .

وفي المعنى الآخر قال الشاعر :

التاركين على طهر نساءهم   والناكحين بشطي دجلة البقرا

- المعنى الشرعي :

١٠٦ - أورد الفقهاء المسلمون تعاريف عديدة ومختلفة للزواج ،

وأفضل تعريف هو ما جاء في المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية السوري ، والذي اقتبسه عنها قانون الأحوال العراقي وفيها :

« الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل » .

وعرفه الأستاذ محمد أبو زهرة بأنه « عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يتقاضاه الطبع الانساني وتعاونهما مدى الحياة ويحد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات » [1]

وجاء تعريفه في المادة ٢١ من قانون الأحوال الشخصية للطائفة الانجيلية في سورية ولبنان أنه « عقد يجري بين ذكر وانثى يقصد منه الاقتران الجنسي الطبيعي والاشتراك في المعيشة العائلية مدى العمر »

وجاء تعريفه في القانون الافرنسي أنه « اجتماع قانوني من شخصين من جنس مختلف متوج بعقد علني لايمكن للطرفين حله باختيارهما » .

ـ مشروعية الزواج :

١٠٧ ـ الزواج هو الأسلوب الطبيعي لاستمرار الحياة على وجه البسيطة ، ولذلك خلق الله سبحانه وتعالى من كل شيء زوجين ، وأعطى كلاً منهما ما يؤهله لتحقيق ديمومة الحياة وحفظ النوع والبقاء ، وأودع كلاً منهما غريزة فطرية تدفع كلاً منهما نحو الآخر ، وبالاتصال بينهما تتم ارادته تعالى في بقاء الكائنات واعمار الأرض .

ويتم هذا الاتصال في النباتات بصورة آلية ميكانيكية أحياناً وبواسطة

(١) عقد الزواج وآثاره ص ٣٨

العوامل الطبيعية أحياناً أخرى ، ويجري هذا الاتصـال في مواعيد دورية قدرها الخالق العظيم تقديراً ملائماً .

أما في الحيوانات فيتم الاتصـال بصورة بهيمية غريزية دون وعي أو إدراك ، وفي كـثير من الحيوانات تخبو تلك الغريزة معظـم أيام السنة لتتفجر في أوقات معينـة هي أوقات الاخصـاب والتكاثر . ولم يشأ الله للإنسان وقد كرمه على العالمين أن يدعـــه كغيره من الحيوانات تتفجر غريزته فيرويها بالاتصال الجنسي دون أية قواعـــد وضوابط ، فتختلط الانساب وتكثر المفاسد الاجتماعية وتفشو الأمراض التناسلية . وانما وضع له للاتصال الجنسي ضوابط فكرية وأحكاماً تنظيمية تحقق الغاية المثلى من هذا الاتصال وتمنع عنه مخاطر الاتصال الحر .

وبذلك تتكون الأسر الصالحة وتبنى المجتمعات القوية المتماسكة .

وهذا هو الأساس الذي تقوم عليه مشروعية الزواج في الإسلام .

قال تعـالى : « وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ من أَنْفُسِكُمْ أَزْواجاً لِتَسْكُنُوا إليها وَجَعَلَ بَيْنَكُم مودَّةً وَرَحْمةً ، إنَّ في ذَلِكَ لآياتٍ لِقومٍ يتفكَّرُونَ » (روم ٢١) .

وقد جاء في كتب الفقه : « أن الزواج عبادة من وجه ، ومعاملة من وجه آخر ، حتى أن بعضهم قدمه على الجهاد » [١]

- **غاية الزواج :**

١٠٨ — الزواج في شرائع الأمم قاطبة يحل استمتاع الزوجين بعضهما

---

(١) رد المحتار ج ٢ ص ٢٦٥

ببعض ، ولكنه في الإسلام ليس الاستمتاع غايته وقصده ، وإنما بناء الأسرة الكريمة التي يشعر فيها كلا الزوجين بسكن النفس وراحة البال ، فينجبان الأولاد ، ويسهران على تربيتهم وتنشئتهم كما يريد الإسلام ، وما قضاء الشهوة والاستمتاع إلا وسيلة لهذا الانجاب ومبعثاً للالفة والمحبة بين الزوجين . وهذا واضح من الآيات القرآنية الواردة بشأن الزواج .

قال تعالى : « واللهُ جعلَ لكُمْ من أنفُسِكُمْ أزْواجاً ، وجَعلَ لكُمْ من أزواجِكُمْ بَنينَ وَحفدةً وَرَزَقكُمْ من الطيِّبات ، أفبالباطِلِ يُؤمنُونَ وبنِعْمَةِ اللهِ هم يَكْفُرونَ » (نحل ٧٢) .

وقال تعالى : « يا أيُّها الناسُ اتقُوا ربّكُم الّذي خَلَقكُمْ من نَفْسٍ واحِدَةٍ وخَلقَ منها زوجَها وبَثَّ منْهما رِجالاً كثيراً ونساءً ، واتّقُوا اللهَ الّذي تساءَلوُن بِهِ والأرْحامَ ، إنَّ اللهَ كانَ عليكُمْ رقيباً . (نساء ١) .

وقال تعالى : « هُنّ لِباسٌ لكُمْ وأنتُمْ لباسٌ لهُنّ » (بقرة ١٨٧)

وقد فطن السرخسي في المبسوط إلى هذه المعاني السامية فقال :

« ليس المقصود بهذا العقد (يعني عقد الزواج) قضاء الشهوة ، وإنما المقصود به ما بيناه من أسباب المصلحة ، وان الله تعالى علق به قضاء الشهوة أيضاً ليرغب فيه المطيع والعاصي ، المطيع للمعاني الدينية ، والعاصي لقضاء الشهوة ، وذلك بمنزلة الامارة ، ففيها قضاء شهوة الجاه ، والنفوس ترغب فيها أكثر من الرغبة في النكاح ، حتى تطلب ببذل النفوس وجر

العساكر ، ولكن ليس المقصود بها قضاء شهوة الجاه ، بل المقصود اظهار الحق والعدل)[1] .

تشجيع الاسلام على الزواج :

١٠٩ – شجع الاسلام على الزواج وحث عليه واعتبره فقهاؤه عبادة من العبادات ، فهو عبادة من وجه ومعاملة من وجه آخر . وقد ورد في الحث عليه آيات عديدة وأحاديث كثيرة . قال تعالى : « فَانكِحُوا ماطَابَ لَكُمْ مِنَ النِّساءِ » (نساء ٣)

وقال : « وأنكِحُوا الأيامى مِنكُمْ » (نور ٣٢) والأيم كل من لا زوج له .

وقال عليه الصلاة والسلام : « يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ، فإنه اغض للبصر وأحصن للفرج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فانه له وجاء » (رواه البخاري ومسلم) والباءة : النفقة ، والوجاء : الوقاية .

وقال أيضاً : « تناكحوا تكثروا فاني مباه بكم الأمم (رواه النسائي وأبو داوود) .

ـ حكم الزواج :

١١٠ – ذهب الجمهور من الفقهاء إلى أن الزواج مندوب اليه ، وقال الظاهرية : هو واجب . وقال المتأخرون من المالكية : هو في حق بعض الناس واجب ، وفي حق بعضهم مندوب اليه ، وفي حق بعضهم مباح ، وذلك بحسب ما يخاف الانسان على نفسه من العنت ،

---

(١) المبسوط ١٩٤/٤

وسبب الاختلاف هو صيغة الأمر في قوله تعالى : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء » وفي قوله عليه الصلاة والسلام : « تناكحوا فإني مكاثر بكم الأمم » [1] فهل تحمل تلك الصيغة على الوجوب أم على الندب أم على الإباحة [2] .

١١١ — وأجمع الفقهاء على أن من خاف على نفسه الوقوع في الزنا وهو قادر على المهر والانفاق فهذا يجب عليه الزواج ، لأن الوقوع في الزنا حرام ، وتركه واجب ، والزواج هو السبيل المؤكد لمنعه من الوقوع في ذلك الحرام . ومن القواعد الفقهية المسلم بها « ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب » وما عدا ذلك فهو مندوب اليه [3] . والواجب عند الفقهاء هو الفرض إلا عند الأحناف فهو مرتبة بين السنة والفرض . وقد جاء في الحاشية : « إن كان لايمكنه الاحتراز عن الزنا إلا بالزواج كان الزواج فرضاً » [4]

حكم الزواج عند اليهود والنصارى :

١١٢ — الزواج عند النصارى مباح ، والرهبانية أفضل منه ، ومتى نذر الانسان على نفسه أن يكون عفيفاً حرم عليه الزواج (م ٤٨ من أحوال الكاثوليك) .

أما عند اليهود فالزواج فرض على كل اسرائيلي (م ١٦ من أحكام الموسويين) .

---

(١) روى البيهقي من حديث أبي امامه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال: « تزوجوا فاني مكاثر بكم الأمم » وقيل في مسنده محمد بن ثابت وهو ضعيف .
(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣
(٣) الأحوال الشخصية للسباعي ص ٤٣
(٤) رد المحتار ج ٢ ص ٢٦٧

ومن ذلك يتبين أن الإسلام كان وسطاً بين الديانتين ، وأقوم في تقديره لمصلحة الفرد والمجتمع على حد سواء .

تنظيم الحياة الزوجية :

١١٣ – لم يكتف الاسلام بالتشجيع على الزواج وإنما حدد الأطر العامة التي يجب أن تبني عليها سعادة الزوجين فقال تعالى :

« وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذي عَلَيهِنَّ بالمعرُوفِ وللرِّجالِ عليهِنَّ دَرَجةٌ » (بقرة ٢٢٨) .

والدرجة هي درجة القوامة ورئاسة العائلة لضرورة حسن التربية وتحمل عبء الانفاق .

وقال جل شأنه : « وعاشِرُوهُنَّ بِالمعرُوفِ فإنْ كرهتُمُوهُنَّ فعسى أن تكرهُوا شيئاً وَيَجعلَ اللهُ فيهِ خَيْرَاً كثيراً » (نساء ١٩) .

وقال عليه الصلاة والسلام : « كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته . . . . . والرجل راع في أهله وهو مسؤول عن رعيته ، والمرأة راعية في بيت زوجها وهي مسؤولة عن رعيتها » (أخرجه البخاري) .

وهذا يوضح التعادل التقريبي الذي أقره الإسلام بين الرجل والمرأة في الحقوق والواجبات ، بحيث يكفل هذا التعادل السعادة للأسرة والقوة للبناء الاجتماعي .

وجاء الفقهاء فوضعوا للحياة الزوجية أحكاماً وقواعد دقيقة تنظم شؤونها ضمن الاطار العام الذي أراده الإسلام . حتى غدت تلك الأحكام بسبب دقتها وشمولها لامثيل لها في شرائع الأمم قاطبة .

مقدّمات الزّواج

١ ـ انتقاء الزوج :

١١٤ ـ جعل الله سبحانه وتعالى الزواج سكناً للنفس ولباساً يدرأ عن صاحبه المفاسد ويعين على نوائب الدهر . وبما أن عقد الزواج في الإسلام يجري على سبيل التأبيد كان لابد من أن يقوم هـذا العقد على أسس قوية تضمن له هذا الاستمرار . ويأتي على قمة تلك الأسس حسن الانتقاء ، إذ يتوجب على الرجل أن يفتش عن المرأة الصالحة التي تلائم طباعه وتنسجم مع أفكاره ، وكذلك الأمر بالنسبة للمرأة أيضاً .

ونظراً للأهمية البالغة التي أولاها الإسلام للزواج فقد وضع لكلا الزوجين المعالم الواضحة التي تضمن له حسن انتقاء الزوج الآخر . فإن اعتد بها يكون قد أحسن الاختيار ، وإن تجنبها فلا يلومن إلا نفسه .

آ ـ معالم الزوج الصالح :

١١٥ ـ قال رجل للحسن بن عليّ رضي الله عنهما :

« إن لي بنتاً ، فمن ترى أن أزوجها له ؟ فقال الحسن : « زوجها ممن يتقي الله ، فإن أحبها أكرمها ، وإن أبغضها لم يظلمها »[١]

---

(١) فقه السنة ج ٦ ص ٤٩

وقال عليه الصلاة والسلام : « إذا خطب اليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه ، ألا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد عريض »[1]

وقال ابن الجوزي : « ويستحب لمن أراد أن يزوج ابنته أن ينظر لها شاباً حسن الصورة لا دميماً ، وعلى من استشير في خاطب أو مخطوبة أن يذكر ما فيه من مساوىء وغيرها و ولا يكون ذلك غيبة مع قصد النصيحة . وكان عمر رضي الله عنه يقول : « لاتزوجوا بناتكم من الرجل الدميم ، فإنه يعجبهن منهم ما يعجبهم منهن »[2]

١١٦ – وعلى ذلك فمن زوج ابنته من دميم طمعاً في ماله أو جاهه على غير رغبة منها فهو آثم ، وكذلك من زوجها من فاسق ومن لم يحسن لها انتقاء الزوج الصالح مع قدرته على ذلك . ويأثم أيضاً من يقصر في التحري والسؤال حتى يزوجها من غير كفء .

وقد اشترط الفقهاء الكفاءة في الزواج مما سنبحثه مفصلاً فيما بعد ، ومنع القانون الزواج مع فارق السن إلا بإذن القاضي (م ١٩ أحوال) .

ب ـ معالم الزوجة الصالحة :

١١٧ – قال عليه الصلاة والسلام : « خير النساء من إذا نظرت اليها سرتك ، وإذا أمرتها أطاعتك ، وإذا أقسمت عليها أبرتك ، وإذا

---

(١) رواه الترمذي وقال : قد خولف عبد الحميد بن سليمان في هذا الحديث ، فرواه الليث بن سعد مرسلا ، وحديث الليث أشبه (أي أشبه بالصحيح) ولم يعد حديث عبد الحميد محفوظا (تيسير الوصول ج ٤ ص ٢٦٤) ، وقال الشيخ ناصر الالباني عنه بأنه حديث حسن (مشكاة المصابيح ج ٢ ص ١٦٠ حديث رقم ٣٠٩٠) .

(٢) فقه السنة ج ٦ ص ٦٣ .

غبت عنها حفظتك في نفسك ومالك (رواه النسائي بسند صحيح) .

وقال أيضاً : (تنكح المرأة لأربع ، لمالها ، ولحسبها ، ولجمالها ، ولدينها ، فاظفر بذات الدين تربت يداك) (رواه البخاري ومسلم) .

وقال أيضاً : « تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم »[1]

وفي السؤال عن صفات المرأة أو الرجل لا يسأل إلا أهل التقوى والمعرفة ، لأن الإجابة بالحق أمانة في عنق المجيب ، ولا يقدر حق الأمانة إلا من كان تقياً ورعاً يخاف الله رب العالمين .

٢ ـ النظر والمجالسة :

١١٨ ـ أباحت الشريعة الإسلامية للرجل النظر إلى مخطوبته في معرض الزواج ليتعرف على جمالها الجسدي والخلقي ، ويتبين فيها الصفات المرغوبة .

قال عليه الصلاة والسلام : إذا خطب أحدكم المرأة ، فإن استطاع أن ينظر منها ما يدعوه إلى نكاحها ، فليفعل[2] .

وقال للمغيرة بن شعبة عندما خطب امرأة : « أنظرت اليها ؟ فقال : لا ، قال عليه الصلاة والسلام : انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما » (رواه الترمذي وحسنه) . أي انه أحرى أن يدوم الوفاق بينكما .

وإن النظر ليس مقصوراً على الرجل فقط ، وإنما هو للرجل والمرأة على حد سواء . ولكل منهما أن ينظر للآخر اما عياناً بالمجالسة أو عن طريق اختلاس النظر إذا عارض الأهل في المجالسة .

وعند اليهود : العقد على الزوجة دون أن يراها الخاطب مكروه

(١) أخرجه أبو داوود والنسائي وقال عنه الشيخ ناصر الالباني بأنه حديث صحيح لطرقه (مشكاة المصابيح ج ٢ ص ١٦٠ رقم ٣٠٩١) .

(٢) رواه أبو داوود ورجاله ثقات وصححه الحاكم وله شاهد عند الترمذي وقال الالباني اسناده حسن (مشكاة المصابيح ج ٢ ص ١٦٣ رقم ٣١٠٦) .

حدود النظر المباح :

١١٩ — يباح عند الجمهور للرجل أن ينظر من المرأة الوجه والكفين فقط ، وقال داوود : ينظر إلى جميع البدن عدا السوأتين ، وجاء في المادة ٣ من أحكام قدري باشا : « يجوز للخاطب أن يبصر المخطوبة وينظر إلى وجهها وكفيها » .

أما الأحاديث الشريفة فلم تعين مواضع النظر ، وإنما احتاط الجمهور فيما ذهبوا اليه من تضييق أماكن النظر خوفاً من حصول المفاسد . ولذلك فإن النص يبقى على اطلاقه ويحق لكل من الخاطبين أن ينظر إلى الآخر في حدود تبين الصفات المرغوبة ، كطول القامة وجمال الوجه وامتلاء البدن ، وسلامة النطق وحسن الحديث . وله أن يعاود النظر والمجالسة حتى يتحقق له القصد في تبين الصفات ، أما الأخلاق التي لايمكن تبينها في المجالسة فتعرف عن طريق التحري والبحث وسؤال أهل المعرفة من الاتقياء وملاحظة الأقران ، ولا يخفى على الباحث أن من عادة الناس أن يظهروا المحاسن ويقللوا من المساوىء إذا سئلوا في معرض الزواج ، أما الحكم الديني ، فعلى المسؤول أن يذكر للسائل كل ما يعرفه عن المسؤول عنه لأنها أمانة وشهادة حق يأثم مزورها .

الخلوة :

١٢٠ — أباح الإسلام مجالسة المخطوبة ومحادثتها أمام أهلها ولم يبح له الخلوة بها حرصاً على سمعتها ومنعاً لقالة السوء بها وخاصة إذا لم تتم الخطبة . قال عليه الصلاة والسلام : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا

يخلون بامرأة ليس معها ذو رحم محرم منها ، فإن ثالثهما الشيطان » (رواه أحمد وفي معناه للبخاري ومسلم) .

ومما لا ريب فيه أن الخلوة بالمخطوبة على ما يجري عليه حال بعض الناس هي من أخطر أمراضنا الاجتماعية ، والتي لاتزال تتفشى في مجتمعنا على نطاق واسع . وقد جعلها الشباب الطائش الضائع وسيلة للتغرير بالفتيات . فكم من فتاة أضاعت عفتها مع خطيبها المزعوم ، ولم تعد تعرف كيف تواري سوءتها بعد أن هددتها الفضيحة وتركها الذئب اللئيم فريسة لآلامها وشقائها . « فالانسان قلما يقوى على مقاومة الشهوة ، ودافع النفس الأمارة بالسوء إلى قضاء حاجاتها الجنسية ، لا سيما إذا كان في مقتبل العمر وعنفوان الشباب مع تهيئة الأسباب وتوافر الدواعي »[1] ولذلك كان في الوقوف عند حدود الشريعة خير ضامن للابتعاد عن تلك المزالق الخطرة التي تهدد شرف العائلة وتؤدي إلى ضياع الفتاة .

---

(١) احكام الشريعة الاسلامية لعمر عبد الله ص ٣٧ .

الخِطبة

الخطابة :

١٢١ ـ الخطبة : فِعْلَة كجلسة ، وخطب المرأة خطبة أي طلب أن يتزوجها فهو خاطب وخطيب .

والخطبة في الإسلام تأتي عادة بعد الانتقاء والنظر المباح ، ولا يترتب عليها في الأصل أي التزام لأنها ليست عقداً وانما هي بمثابة الوعد بالزواج . فيكون من حق أي من الطرفين العدول عنها متى أراد حتى ولو قرئت الفاتحة وقبض المهر وتبودلت الهدايا . وان الخلوة أثنـاء الخطبة حرام والدخول بالمخطوبة زنا لا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج الصحيح ولا حتى الزواج الفاسد .

وعلى ذلك نصت المادة ٢ من قانون الأحوال الشخصية التي جاء فيها ما يلي :

م ٢ : الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفـاتحة وقبض المهر وقبول الهدايا لا تكون زواجاً . وكان قانون حقوق العائلة العثماني قد نص في مادته الأولى على أنه « لايعقد النكاح بالهدية والوعد » .

١٢٢ ـ أما الخطبة عند النصارى فهي عقد كنائسي يرتبط به ذكر وانثى متوافقين على زواج مستقبل ... وتتم بإقامة الكاهن المأذون الصلاة

القانونية الخاصة أو التي جرت العادة أن تتلى . (م ١ من قانون الحق العائلي للروم الأرثوذكس) .[١]

١٢٣ – والخطبة عند اليهود عقد أيضاً يتفق به الخاطبان على أن يتزوجا ببعضهما شرعاً في أجل مسمى بمهر مقدر يتفقان عليها ، ولا تعد الخطبة شرعية إلا بالعهد الشرعي المعروف بالقنيان (م ١ و ٦ من كتاب الأحكام الشرعية للموسويين) .

شروط الخطبة عند المسلمين :

١٢٤ – تجوز خطبة المرأة عند المسلمين إذا كانت خالية من نكاح أو عدة ولم تكن من المحرمات أو مخطوبة لشخص آخر .

وقد اتفق الفقهاء على أنه يحرم على الرجل أن يخطب زوجة رجل آخر مادامت على عصمته نظراً لتقدم حق الزوج الأول على حق الأجنبي ، واتفقوا أيضاً على حرمة خطبة معتدة الغير حتى تنتهي عدتها سواء كانت معتدة من طلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى أو كبرى أو وفاة ، وقالوا بحرمة التصريح بالخطبة لجميع المعتدات ، وأباحوا التعريض لمعتدة الوفاة كأن يقول لها « إن الكثير يرغبون فيك) أو أن يقدم لها هدية على سبيل التودد والتقرب . وذلك لقوله تعالى (وَلاَ جُنَاحَ عَلَيكُم فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِ مِن خِطْبَةِ النِّساءِ) (بقرة ٢٣٥) واختلفت الفقهاء في التعريض لمعتدة الطلاق البائن فمنهم من أباح ومنهم من حرم ، والصحيح

---

(١) ان الخطبة عند الطائفة الارمنية الارثوذكسية في سورية كما هي عند المسلمين لا تعدو ان تكون وعدا بين ذكر وأنثى على زواج مستقبل . (م ١ من قانون الطائفة) وجاء في المادة الخامسة من القانون نفسه ان الاتفاقات التي تتضمن دفع تعويض من أحد الخطيبين للآخر في حالة رفض الزواج باطلة .

جوازه ، وأجمعوا على تحريم التعريض لمعتدة الطلاق الرجعي ، لأنها لم تخرج بعد عن عصمة زوجها المطلق ، إذ يستطيع مراجعتها في أي وقت أراد خلال عدتها ، أما معتدته هو من طلاق بائن بينونة صغرى فله التصريح بخطبتها متى أراد [1] .

عدم جواز خطبة المحرمات :

١٢٥ — إن الخطبة من مقدمات عقد الزواج وما دام أنه لا يجوز العقد على المحرمات فلا يجوز خطبتهن . سواء كانت الحرمة دائمة أم مؤقتة مما سيأتي بحثه تفصيلاً عند التحدث عن المحرمات من النساء.

عدم جواز الخطبة على الخطبة :

١٢٦ — يحرم على الرجل المسلم أن يخطب على خطبة أخيه لقوله عليه الصلاة والسلام فيما رواه مسلم : « المؤمن أخو المؤمن ، فلا يحل له أن يبتاع على بيع أخيه ، ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يذر » أي يترك. وذلك منعاً للشقاق والخصومات بين المسلمين .

وقد قال الفقهاء : إن محل التحريم هو فيما اذا صرحت المخطوبة بالموافقة ولو كان ذلك تعريضاً ، كأن يقول وليها للخاطب : لارغبة لنا عنك [2] .

وقال الشافعي : إذا خطب المرأة فرضيت به وركنت إليه فليس لأحد أن يخطب على خطبته .

---

(١) كفاية الاخيار ج ٢ ص ٣٣

(٢) وعند الحنابلة والشافعية والاوزاعي انه تجوز خطبة الرجل على خطبة أخيه اذا كان الاول فاسقا (فقه السنة ج ٦ ص ٥٨ — غاية المنتهى ج ٣ ص ٩) .

أما إذا رفضت الخاطب الأول فلا مانع من خطبتها من غيره بإتفاق الفقهاء .

وإذا ترددت بين الرفض والقبول ففي ذلك خلاف بين الفقهاء ، ورأي الأحناف أنه لا يجوز خطبتها لاحتمال القبول ، أما إذا كان هناك ميل ظاهر إلى الرفض فلا مانع من الخطبة ، ولا يؤثر التحريم هنا في صحة عقد الزواج على رأي الجمهور وإنما يعلق به الإثم الدياني فقط خلافاً لرأي داوود الظاهري الذي قال بوجوب فسخ العقد [1]

١٢٧ — وكما تحرم خطبة الرجل على الرجل ، تحرم بالقياس عليها خطبة المرأة على المرأة .

وقد استظهر ابن حجر أن هذا فيما إذا أبدى المخطوب رغبته في أن لا يتزوج إلا بامرأة واحدة ، أما إذا رغب بأكثر من واحدة فلا تحرم خطبة الثانية على الأولى [2].

ومما تجدر الإشارة إليه أن قانون الأحوال الشخصية السوري جاء خالياً من النص على شروط الخطبة مما يوجب الرجوع إلى القول الأرجح في المذهب الحنفي عملاً باحكام المادة ٣٠٥ منه .

شروط الخطبة عند النصارى:

١٢٨ — يشترط لصحة الخطبة عند النصارى ما يلي :

أ — الرضاء المتبادل المصرح به من الخطيبين أو وكلائهما ، أو ما يدل على الرضا كقبول العربون وهو كل ما يعطيه أحد الخطيبين للآخر

---

(١) الأحوال الشخصية لأبي زهرة ص ٣٣ — بداية المجتهد ج ٢ ص ٣ .
(٢) الأحوال للسباعي ص ٥٥ عن فتح الباري ١٦٥/٩ .

حين الخطبة حسب العادة المألوفة ، وقد نصت المادة ٦ من مشروع الروم الأرثوذكس أنه لا خطبة دون عربون .

٢ ــ أن يكون كل من الخطيبين أهلاً للعقد بالغاً سن الرشد ، ويختلف هذا السن باختلاف الطوائف وهو عند الأرمن الأرثوذكس السابعة عشرة للرجل والرابعة عشرة للأنثى.

٣ ــ عدم وجود مانع من موانع الزواج .

٤ ــ تسجيل مضمون العقد في سجل الخطبة في المطرانية ضمن مدة أسبوع .

مدة الخطبة عند المسيحيين :

١٢٩ ــ ليس للخطبة مدة عند المسلمين أما عند النصارى فمدتها سنة واحدة إذا كان الخطيبان مقيمين في بلد واحد ، وسنتان فيما عدا ذلك ما لم تحدد باتفاق الطرفين ، (المشروع الأرثوذكسي) ولدى البروتستانت مدتها سنة واحدة أما لدى الكاثوليك فهي سنتان .

أحكام الخطبة عند المسيحيين :

١٣٠ ــ نصت بعض مشاريع القوانين المسيحية على أحكام للخطبة يتوجب مراعاتها من الخاطبين وهي كما جاء في مشروع الروم الارثوذكس :

١ ــ على الخطيبين منذ ارتباطهما حفظ الأمانة المتبادلة ومراعاة الحشمة

٢ ــ لا تقبل شهادة أحد الخطيبين للآخر ما دامت صلة الخطبة معقودة بينهما .

٣ ــ لا تقبل شهادة الخطيب لحميه ولا هذا لصهره .

(المواد ٩ ــ ١٠ ــ ١١ من المشروع) .

شروط الخطبة عند اليهود :

١٣١ ـ جاء في المادة ١٥ من الأحكام الشرعية للموسويين أنه للخطبة أحكام وقواعد متبعة في مصنفين باللغة العبرية أحدهما إسمه (نفيه شالوم) بالاسكندرية ، والثاني اسمه (نهر مصرايم) في مصر ، فكل خطبة تكون مخالفة لتلك الأحكام والقواعد لايصح التمسك بها أو المقاضاة بشأنها أمام السلطة الدينية .

ويستدل من قانون أحكام الموسويين أنه يشترط لصحة الخطبة رضى الطرفين .

هذا إذا كانا بالغين راشدين أما القاصر فيجوز لوالدها أن يخطب لها ، واذا كانت يتيمة جاز لوالدتها أو أحد أخوتها أن يخطبوا لها (م ٢) والراشدة أمرها بيدها ولكن جرت العادة أن والدها ينوب عنها متى كانت الخطبة بقبولها ، كما جرت العادة أيضاً أن اليتيمة تنوب عنها والدتها أو أحد أخوتها أو أحد أقاربها (م ٣) والخاطب أمره بيده ولا يجوز ان ينوب عنه احد إلا بتوكيل (م ٤) . ومن نافلة القول انه لا يجوز خطبة من لا يجوز الزواج بها شرعاً .

مدة الخطبة عند اليهود :

١٣٢ ـ ليس للخطبة مدة محددة قانوناً لدى اليهود كما هي لدى المسيحيين وإنما يحدد اجلها العاقدان باتفاقها اثناء الخطبة (م ١ من احكام الموسويين) .

العدول عن الخطبة

١٣٣ – العدول عن الخطبة عند المسلمين أمر مشروع ، ولذلك لم يرتب المشرع على العدول أي نوع من أنواع الالتزامات أو التعويضات ، حتى ولو كان العدول لا يستند إلى أي سبب معقول . وعلى ذلك نصت المادة ٣ من القانون التي جاء فيها ما يلي : لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة . هذا من ناحية القانون ، أما من ناحية الاثم الدياني ، فقد أجمع الفقهاء على ان العدول عن الخطبة دون سبب معقول يوجب الاثم الدياني ، لأن الخطبة عهد ، والعدول عنها دون سبب معقول اخلاف بهذا العهد ، وقد أمر الله سبحانه وتعالى المسلمين ان يوفوا بعهودهم ، فقال جل شأنه : « وأَوْفُوا بالْعَهْدِ انَّ الْعَهْدَ كانَ مسؤُولا » (اسراء : ٣٤) .

أما إذا كان العدول بسبب معقول ومشروع فلا اثم[1] .

١٣٤ – أما عند المسيحيين فان العدول عن الخطبة دون سبب مشروع يوجب التعويض ولذلك أحكام خاصة سنبحثها بصورة مفصلة عندما نتكلم عن آثار فسخ الخطبة ، وقد حددت القوانين الكنسية الأسباب المشروعة لفسخ الخطبة وهي :

---

(١) جاء في شرح الأحوال الشخصية لخروفة ج ١ ص ١٠٦ أنه يجب ان يتوافر للخاطبين كامل الحرية في اجراء عقد الزواج ، وذلك لما للزواج من الخطر في شؤون المجتمع ، وقد استقر الاجتهاد في مصر على أن حرية الموافقة على الزواج أو عدم الموافقة عليه من النظام العام .

١ ـ وفاة أحد الخطيبين .

٢ ـ إيثار أحدهما العيشة الرهبانية .

٣ ـ اتفاق الطرفين على فسخ الخطبة .

٤ ـ ظهور مانع يحول دون عقد الزواج بينهما .

٥ ـ تجاوز أحدهما الميعاد المعين لعقد الزواج .

٦ ـ متى ثبت ان أحدهما لا يحفظ الأمانة للآخر أو ثبت عليه ان سيرته لا تطابق الأدب المسيحي .

٧ ـ إذا جن أحدهما .

٨ ـ إذا طرأ على أحدهما ما يجعل حياته في فقر يعجزه عن كفالة الراحة للآخر .

٩ ـ لسبب ديني أو أدبي أو صحي يطرأ على أحدهما ويتفق أصحاب الخبرة وتقضي المحكمة بأنه يجيز فصم الخطبة كي لا تقع مضرة على الآخر منها . (م١٣ من قانون الحق العائلي لطائفة الروم الأرثوذكس) .

على أنه إذا غرر الخاطب بخطيبته ثم استنكف عن عقد الزواج بها لزمه تأدية بدل البكارة والتضمينات التي تقررها المحكمة وفقدان العربون[1] .

١٣٥ ــ وعند اليهود فإن ناقض الخطبة دون سبب يلتزم بدفع الغرامة المضروبة (م ٨ من أحكام الموسويين) . وتسقط الغرامة عنه إذا وجد سبب من الأسباب التالية :

١ ـ إذا ظهر بأحد الخاطبين عيب لم يكن يعلم به الخاطب الآخر .

٢ ـ إذا طرأ العيب أو حدث الجنون أو مرض معد بعد الخطبة .

---

(١) الأحوال الشخصية لغير المسلمين ص ٥٥

٣ ـ إذا ثبت شرعاً على أحد العائلتين ارتكاب الفحشاء .
٤ ـ إذا اعتنق قريب أحد العائلتين ديانة أخرى أو مذهباً آخر .
٥ ـ إذا ساء سلوك الخاطب أو أسرف .
٦ ـ إذا اتضح أن الخاطب عديم التكسب .
٧ ـ إذا علم الخاطب أن المخطوبة مات لها زوجان .
٨ ـ إذا توفي أحد الخاطبين (م ٩ ـ ١٠ من أحكام الموسويين) .

آثار العدول عن الخطبة عند المسلمين :

١٣٦ ـ قد يرافق الخطبة غالباً دفع مهر أو تقديم هدايا ، فإذا كان ذلك . ترتبت على فسخها آثار مالية وضع لها المشرع الأحكام اللازمة لإزالتها . أما إذا رافق الخطبة أو العدول عنها أفعال أخرى مستقلة عنها استقلالاً تاماً كالتشهير والاغواء مما يلحق الأذى بالطرف الآخر ، كان على الجاني التعويض .

آ ـ حكم المهر :

١٣٧ ـ إما ان يكون المهر المدفوع نقداً وإما أن يكون أشياء عينية ، والنقد إما أن يبقى نقداً إلى حين العدول عن الخطبة ، وإما أن تشتري به الزوجة أشياء جهازية ، أو أن يضع به الزوج أشياء جهازية بناء على تكليف من الزوجة . ولكل حكمه الخاص .

فإن كان المهر نقداً وبقي النقد إلى حين العدول عن الخطبة وجب على المرأة ان تعيده إلى خاطبها كاملاً غير منقوص سواء كان العدول من طرفه او من طرفها او كان باتفاق الطرفين ويسري هذا الحكم على المهر المكون من اشياء عينية إذا بقيت بأعيانها إلى حين العدول . فإن كانت قد تصرفت بها وجب عليها إعادة مثلها او قيمتها ، وان تلفت فينظر

إلى التلف ، فإن كان بتعمد منها وجب عليها الضمان ، وإن كان نتيجة قوة قاهرة لا يد لها فيها فلا ضمان عليها ، لأن الأشياء في هذه الحالة تأخذ حكم الوديعة . إلا ان محكمة النقض السورية لم تذهب هذا المذهب ونصت في احد قراراتها على انه يحق للخاطب إسترداد مثل المهر إذا هلك بيد المخطوبة ، ولاعبرة للعرف إن خالف النص القانوني)[1]

وقد جرت عادة البدو في بلادنا ان يقدم الخاطب مهراً لمخطوبته انواعاً من المواشي كالغنم والبقر والجمال (وتسمى عندهم : سياق) وعند القرويين يقدم بعضهم البساتين فما هو حكم تلك المهور ؟

لقد اتفق الفقهاء على أن المخطوبة لا تستحق شيئاً من مهرها إلا أن يعقد عليها ولذلك فان المهر يبقى على ملك الخاطب ويد المخطوبة عليه يد مودعة ، ولذلك فانه يتوجب عليها عند العدول أن تعيد الأصل مع ما نتج عنه من ثمر ، فتعيد البستان مع قيمة ثمارها ، وتعيد المواشي مع مواليدها ، ويحق لها أن ترجع على خاطبها بما أنفقته لاطعام المواشي وصلاح الثمر ، أما ما يفقد من المواشي وما يتلف من الثمار فلا تضمن منه شيئاً إلا في حالة التعدي[2] .

أما إذا كان المهر نقداً فاشترت به المرأة أشياء جهازية ، أو اشترى به الخاطب أشياء جهازية لها بتكليف منها أو من وليها الشرعي ، فينظر: فاذا كان العدول من طرف الخاطب فللمرأة الخيار بين اعادة الجهاز أو

---

(١) القرار المؤرخ في ٢٥/١٠/١٩٥٩ ـ القانون لعام ١٩٥٩ ص ٢٠٥ .
(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٠٦

دفع قيمته ، وإذا كان العدول من طرفها فعليها إعادة قيمته نقداً .

وعلى ذلك نصت المـادة ٤ من قانون الأحوال الشخصيـة في فقرتيهـا ١ ــ ٢ التي جاء فيها ما يلي :

م ٤ ف ١ : إذا دفع الخاطب المهر نقداً واشترت المرأة به جهازاً ثم عدل الخاطب فللمرأة الخيار بين اعادة مثل النقد أو تسليم الجهاز .

ف ٢ : إذا عدلت المرأة فعليها إعادة المهر أو قيمته .

وإن هذا النص على مايظهر لم يأخذ من أي مذهب فقهي وإنما اقتضته قواعد العدالة ، وخاصة فإن الفقهاء لم يفرقوا بين العدول فيما إذا كان من جهة المخطوبة أو من جهة الخاطب .

ولم يتعرض النص صراحة لحالة موت أحد الخاطبين أو العدول برغبة الطرفين وإن كان يحتمله المعنى ، فالمرأة لاتضار إلا إذا كان العدول من طرفها ، إذ تلتزم عند ذلك أن تعيد إلى خاطبها المهر أو قيمته حسبما فصلناه آنفاً . أما في حالة الوفاة أو رغبة الطرفين فهي بالخيار بين اعادة مثل النقد أو تسليم الجهاز فيما إذا كان قد اشترى من المهر . وقد كانت المادة الثانية من قانون حقوق العائلة العثماني قد نصت أنه في حال وفـاة أحد الخاطبين ، فإن كان ما أعطاه الخاطب من أصل المهر موجوداً يجوز استرداده عيناً ، وان كان قد تلف يجوز استرداده بدلاً . . وهذا الحكم كان يشمل الدوطة (الدراخومة) لغـير المسلمين . إلا أنـه لم يتعرض للأشياء الجهازية . والملاحظ أنها تأخذ حكم المهر العيني .

١٣٨ ــ وقد كان استاذنا المرحوم الدكتور مصطفى السباعي قـد اقترح أن تعدل هذه المادة ليبنى حكمها على بحث أسباب العدول ، هل

هو بسبب موجود في المرأة أو لسبب موجود في الرجل على أن يترك للقاضي التحقق من ذلك [1].

ونحن لسنا مع هذا الرأي لأن التحري عن الأسباب قد يلحق بالمخطوبة أضراراً معنوية أو يؤذيها في مشاعرها الوجدانية مما يفوق أضعاف مضاعفة ما كانت ستجنيه من إعادة أعيان الجهاز ، كما يلحق بالخاطب إذا كان السبب فيه مثل ذلك . وقد جاء في اجتهاد لمحكمة استئناف مصر :

« إن التحري عن العوامل التي دعت إلى فسخ الخطبة والظروف التي لابست هذا الفسخ يقتضي التدخل في أدق الشؤون الشخصية والاعتبارات اللصيقة بحرمات الناس » [2] وهذا ما يدعو إلى عدم البحث فيه [3].

ب ـ حكم الهدايا :

١٣٩ ـ نصت الفقرة الثالثة من المادة ٤ من قانون الأحوال على ما يلي :

م ٤ ف ٣ : تجري على الهدايا أحكام الهبة .

---

(١) شرح الأحوال الشخصية للسباعي ص ٦٠ .
(٢) الوسيط للسنهوري ـ نظرية الالتزام ـ ص ٨٢٨ .
(٣) هناك اجتهادات متناقضة للغرفة الشرعية لدى محكمة النقض بدمشق بشأن المبلغ المدفوع من الخاطب الى خطيبته اثناء الخطبة إذا لم يتم عقد الزواج : هل يعتبر مهراً يعود النظر بأمره للمحكمة الشرعية أم لا يعتبر مهراً ويكون النظر فيه للقضاء العادي . ففي قرار لمحكمة النقض بدمشق منشور في القانون لعام ١٩٦٨ ص ٤٥٢ جاء فيه : ان اختصاص المحكمة الشرعية في النزاع بشأن المهر محله عقد الزواج باعتباره أثراً من آثاره ، فاذا لم يتم العقد كان الاختصاص للقضاء المدني . وفي قرار آخر مؤرخ في ٦/٦/١٩٧٠ ومنشور في مجموعة القواعد القانونية للاحوال الشخصية ذهبت المحكمة الى أن ما يدفعه الخاطب باسم المهر يسمى مهراً ولو لم يتم عقد الزواج والاختصاص للمحكمة الشرعية . واننا نؤيد ما ذهب اليه هذا القرار الاخير ونرجو أن يستقر الاجتهاد على ذلك .

وبما أن المنازعات على الهدايا تنظر أمام المحاكم المدنية ، وأن أحكام الهبة قد قننها القانون المدني ، فلا بد أن يعمد القاضي إلى تطبيق الأحكام المقننة مدنياً دون أن يعمد إلى تطبيق الأحكام التي قننها فقهاء المذهب الحنفي عملاً بأحكام المادة ٣٠٥ أحوال لأن الهبة قد أخرجها المشرع من قضايا الأحوال الشخصية للمسلمين . وكي نتعرف على مصادر أحكام الهبة في القانون المدني لابد من دراسة مقارنة بينها وبين أحكام الهبة في المذهبين الحنفي والمالكي .

آ ـ الهبة في المذهب الحنفي :

١٤٠ ـ أباح فقهاء الأحناف للواهب الرجوع في هبته الا لمانع يمنع هذا الرجوع . وذكروا أن موانع الرجوع في الهبة سبعة وهي :

١ ـ زيادة الموهوب .

٢ ـ موت الواهب أو الموهوب له .

٣ ـ دفع الموهوب له عوضاً عن الهبة .

٤ ـ خروج الموهوب عن ملك الموهوب له .

٥ ـ الزوجية القائمة بين الواهب والموهوب له وقت الهبة .

٦ ـ القرابة المحرمية بينهما .

٧ ـ هلاك العين الموهوبة في يد الموهوب له . (١)

ومن ذلك يتبين أنه ليس للخاطب أن يسترد من المخطوبة إلا الهدايا التي بقيت موجودة بأعيانها إلى حين العدول كالخاتم والسوار والأقمشة ،

---

(١) شرح فتح القدير على الهداية ج ٧ ص ١٢٩

أما إذا وجد مانع من الرجوع في الهبة كالزيادة المتصلة ، كما إذا أهداها قماشاً فخاطته ثوباً ، أو هلك الموهوب ، كما إذا كان طعاماً فأكل ، فليس للخاطب أن يسترد مثله أو قيمته .

ب ـ الهبة في المذهب المالكي :

١٤١ ـ للمالكية في أمر هدايا الخطيبين تفصل جيد حبذا لو يأخذ به المشرع السوري وهو :

١ ـ إذا كان العدول من جهة الخاطب فلا رجوع فيما أهداه .

٢ ـ إذا كان العدول من جهة المخطوبة فله الرجوع بكل ما أهداه ، فإن كان باقياً على حاله استرده عيناً وان هلك استرده بدلاً . ما لم يمنع من ذلك عرف أو شرط [١] .

وبذلك أخذ القانون المغربي في مادته الثالثة والقانون التونسي في مادته الثانية [٢] .

ج ـ الهبة في القانون المدني :

١٤١ ـ أباح القانون المدني للواهب الرجوع في هبته إذا قبل الموهوب له ذلك ، فإن لم يقبل جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع ، متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع (م ٤٦٨ ق . م) .

---

(١) فقه السنة ج ٦ ص ٧٢

(٢) جاء في المادة الثالثة من القانون المغربي أنه للخاطب أن يسترد الهدايا الا اذا كان العدول عن الخطبة من قبله ، وجاء في المادة الثانية من القانون التونسي : يسترد الخاطب الهدايا التي يقدمها الى خطيبته الا اذا كان العدول من قبله أو وجد شرط خاص .

وقد عددت المادة ٤٦٩ من القانون المدني على سبيل المثال بعض الأعذار المقبولة للرجوع فجاء فيها ما يلي :

م ٤٦٩ : يعتبر بنوع خاص عذراً مقبولاً للرجوع في الهبة :

آ ـ أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب ، أو نحو أحد أقاربه ، بحيث يكون هذا الاخلال جحوداً كبيراً من جانبه .

ب ـ أن يصبح الواهب عاجزاً عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية ، أو أن يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير .

ج ـ أن يرزق الواهب بعد الهبة ولداً يظل حياً إلى وقت الرجوع ، أو أن يكون للواهب ولد يظنه ميتا وقت الهبة فإذا به حي .

ومن ثم عددت المادة ٤٧٠ على سبيل الحصر موانع الرجوع في الهبة فجاء فيها ما يلي :

م ٤٧٠ : يرفض طلب الرجوع في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية :

آ ـ إذا حصل للشيء الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته . فاذا زال المانع عاد حق الرجوع .

ب ـ إذا مات أحد طرفي عقد الهبة .

حـ ـ إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفاً نهائياً ، فإذا اقتصر التصرف على بعض الموهوب ، جاز للواهب أن يرجع في الباقي .

د ـ إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر ولو أراد الواهب الرجوع بعد انقضاء الزوجية .

هـ ـ إذا كانت الهبة لذي رحم محرم .

و ـ إذا هلك الشيء الموهوب في يد الموهوب له ، سواء كان الهلاك بفعله أو بحادث أجنبي لا يد له فيه أو بسبب الاستعمال ، فاذا لم يهلك إلا بعض الشيء جاز الرجوع في الباقي .

ز ـ إذا قدم الموهوب له بدلاً عن الهبة .

ح ـ إذا كانت الهبة صدقة أو عملاً من أعمال البر .

أما ثمرات الموهوب ومصروفاته فقد نصت المادة ٤٧١ من القانون المدني على أنه لايرد الموهوب له الثمرات إلا من وقت الاتفاق على الرجوع ، أو من وقت رفع الدعوى ، وله أن يرجع بجميع ما أنفقه من مصروفات ضرورية ، اما المصروفات النافعة فلا يجاز في الرجوع بها إلا بالقدر الذي زاد في قيمة الشيء الموهوب .

ويتبين من ذلك أن القانون المدني السوري أخذ بمذهب الأحناف من ناحية موانع الرجوع في الهبة ، وأخذ بمذهب المالكية من ناحية وجود عذر الرجوع ، لأن المالكية كما رأينا قد اشترطت لاستعادة هدايا الخطبة أن يكون العدول من طرف المخطوبة ، أي أن يكون هناك عذر للخاطب في استرداد هبته . وقد كان مشرع القانون المدني المصري قد ذكر أن أحكام وجود العذر المقبول للرجوع في الهبة مأخوذ من القانون الفرنسي ، وعند المناقشة في مجلس الشيوخ لم يوافق على هذا النص الا بعد أن تبين أنه قول لبعض فقهاء الشريعة الاسلامية وخاصة المالكية [1] .

---

(١) الوسيط للسنهوري ج ٥ ص ١٩٨ حاشية .

ويلاحظ أن القانون المدني لم يفرق في جواز الرجوع بين أن تكون الهدايا مقدمة من الخاطب لمخطوبته أو من المخطوبة لخاطبها متى توفر العذر وانتفى المانع . وهذا ما جرى عليه سابقاً قانون حقوق العائلة العثماني حيث جاء في مادته الثانية أن الأشياء التي أعطاها الطرفان لبعضها بعضاً هدية تجري أحكام الهبة بحقها .

١٤٢ ـ وقد استقر الاجتهاد في سورية على أن الرجوع في الهبة بين الخاطبين بعد فسخ الخطبة يرجع فيه إلى القانون المدني ، وأن الهدايا التي تقدم من أحد الخطيبين إلى الآخر إنما يكون الدافع لها هو إتمام الزواج . وحيث أن الخطبة لا تعدو كونها تمهيداً لاجراء العقد وفترة زمنية للاختيار ولا تلزم بالتالي أحداً من الخاطبين الذين يحق لكل منهما العدول عنها (المادة ٣ أحوال) فإذا فسخت اعتبر هذا الفسخ عذراً مقبولاً يجيز للخاطب الرجوع في الهدايا التي قدمها مالم يترافق هذا الفسخ بخطأ يرتب مسؤوليه الواهب فتطبق القواعد العامة المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية .[1]

كما استقر الإجتهاد على أنه لا رجوع في الهدايا المقدمة أثناء الخطبة إذا انعقد القران ولو لجأ المهدى له إلى التفريق بسبب منه قبل الدخول، لأن قيام الزوجية بمجرد العقد تعتبر مانعاً من موانع الرجوع في القانون المدني [2]

ـ الاختلاف على صفة الأشياء المقدمة :

١٤٣ ـ إذا اختلف الطرفان على صفة الأشياء المقدمة ، فقال الخاطب

(١) القاعدتان ١١٦٠ ـ ١١٦١ من مجموعة القواعد القانونية السورية للاحوال الشخصية .

(٢) القاعدة ١١٥٩ من مجموعة القواعد القانونية السورية للاحوال الشخصية .

هي من المهر كي يرجع على المخطوبة بقيمتها في حال تغيرها أو هلاكها أو التصرف بها ، وقالت هي هدية لتمنع الرجوع ، فالقول قول الخاطب بيمينه ما لم توجد بينة أو عرف [1]

وتعليل ذلك أن المرء يسعى عادة إلى إبراء ذمته قبل أن يهدي أو يتبرع ، والخاطب هو المعطي وهو أدرى بما أعطاه إن كان هبة أو مهراً . أما إذا أقامت المخطوبة البينة ولها ذلك بجميع وسائل الإثبات على أن ما قدمه لها هدية فلا يعتد بقول الزوج على أنه من المهر ، وكذلك إذا كان العرف يقضي بأن ما قدمه من أشياء هو هدية كما هو الحال في الهدايا التي جرت العادة أن يقوم الخاطب بتقديمها إلى مخطوبته في الأعياد والمناسبات كقطع الحلي والحلوى وبعض الألبسة ، فلا يعتد بقول الزوج على أنها من المهر ولا يتغير هذا الحكم فيما لو حدث الخلاف بعد العقد قبل الزفاف أو بعد الدخول ، وهذا ما أكدته المادة ١١١ من أحكام قدري باشا المعمول بها بدلالة المادة ٣٠٥ أحوال . والتي جاء فيها ما يلي :

م ١١١ - إذا بعث الزوج لإمرأته شيئاً من النقد أو العروض أو مما يؤكل قبل الزفاف أو بعد البناء بها ولم يذكر وقت بعثه أنه من المهر ولا غيره ، ثم اختلفا فقال الزوج : هو من المهر ، وقالت : هو هدية ، فالقول له بيمينه فيما لم يجر عرف أهل البلد بارساله هدية للمرأة، ولها فيما جرى به ، فإن حلف الزوج والمبعوث قائم فهي بالخيار ، إن شاءت أبقته محسوباً من مهرها وإن شاءت ردته ورجعت بباقي المهر. أوكله إن لم يكن دفع لها شيئاً منه ، وإن بقي لأحدهما بعد ذلك شيء يرجع به

---

(1) أحكام الشريعة الاسلامية لعمر عبد الله ص ٤٦

على الآخر ، وإن أقاما البينة فبينتها مقدمه . وهذا ما استقر عليه الاجتهاد في سورية ، فقد جاء في قرارات محكمة النقض السورية ، أن العبرة لما يعتبر هدية وما يعتبر مهراً هو لاتفاق الطرفين فإن لم يكن هناك اتفاق فيرجع للعرف ، فإن لم يكن هناك عرف كان القول قول الزوج بيمينه في تعيين الوصف .(١)

– **تعويض العدول** :

١٤٤ – لم يذهب أحد من الفقهاء إلى جواز التعويض على المخطوبة من جراء عدول الخاطب ، حتى ولو كان العدول عن الخطبة دون سبب معقول خلافاً لما عليه لدى النصارى واليهود الذين أوجبوا التعويض عن العدول كما رأينا سابقاً ، والحجة لدى الفقهاء المسلمين في ذلك أن العدول عن الخطبة حق شرعي للطرفين ومن المعلوم فقهاً أن الجواز الشرعي ينافي الضمان .

وعلى ذلك استقر الاجتهاد أيضاً في سورية فجاء في قرار لمحكمة النقض السورية ما يلي : « إن لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة دون أن يكون للفريق الآخر الحق بالمطالبة بالتعويض ولا تلزم الزوجة بأكثر من إعادة المهر وفقاً للأحكام المبينة في المادة الرابعة من قانون الأحوال الشخصية » .(٢)

وعلى ذلك سار القضاء المصري أيضاً في معظم أحكامه وخاصة فان بحث التعويض يقتضي البحث عن الأسباب ، والبحث عن الأسباب يؤدي إلى هتك أسرار قد تكون المخطوبة أحرص على كتمانها من الخاطب ، بالإضافة

---

(١) القاعدتان ٥٦ – ٥٧ من مجموعة القواعد القانونية السورية للاحوال الشخصية .

(٢) القرار المؤرخ في ١٩٦٠/١١/٣٠ – مجلة القانون لعام ١٩٦١ ص ٥٢١

إلى أن القانون قد نص صراحة على أن العدول عن الخطبة أمر مباح ، والقضاء ممنوع من تقييد المباحات .

إلا أن الذي ذهب إليه السنهوري واستقر عليه القضاء المصري أمر جدير بالأخذ به دون الآراء المخالفة له . وهو حسبما قررته محكمة النقض المصرية ما يلي :

« إن الخطبة ليست إلا تمهيداً لعقد الزواج ، وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحداً من المتواعدين ، فلكل منهما أن يعدل عنه في أي وقت شاء ، خصوصاً وأنه يجب في هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته ، لما للزواج من خطر في شؤون المجتمع ، وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهدداً بالتعويض . ولكن إذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه باعتبار أنهما مجرد وعد وعدول ، قد لازمتها أفعال أخرى مستقلة عنها استقلالاً تاماً ، وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضرراً مادياً أو أدبياً بأحد المتواعدين ، فإنها تكون مستوجبة التضمين على من وقعت منه ، وذلك على أساس أنها هي في حد ذاتها ـ بغض النظر عن العدول المجرد ـ أفعال ضارة موجبة للتعويض .[1]

الاغواء

١٤٥ ـ أما الاغواء فلا يكون سبباً للتعويض إلا إذا اصطحب بالخديعة والغش أو اقترن بضغط أدبي ، وإذا كانت ضحية الاغواء في سن تسمح لها بتدبر العواقب كان هذا سبباً في تخفيف التعويض . أما إذا كانت العلاقة الجنسية نتيجة استسلام متبادل سكن إليه الطرفان ، ورضيت المرأة

---

(١) القرار المؤرخ في ١٤ ديسمبر ١٩٣٩ ـ الوسيط للسنهوري ـ نظرية الالتزام ص ٨٣٠ .

أن تكون خليلة على علم من أقاربها فلا تعويض ، فإذا وعد الخليل خليلته بعد هجرها بالتعويض كان هذا قياماً بالتزام طبيعي ، بخلاف ما إذا كان هذا الوعد سابقاً على المعاشرة وقد قصد منه الاغواء ، فيكون باطلاً لعدم مشروعية السبب ، وقد يكون الاغواء سبباً للتعويض حتى ولو كان الشاب قاصراً ، لأن المسؤولية هنا تقصيرية والقاصر تجوز مساءلته تقصيرياً [1] .

الاغواء بترك الوظيفة :

١٤٦ ــ لو اشترط الخاطب على مخطوبته ترك وظيفتها حتى يعقد عليها فتركتها وعدل عن الخطبة كان عليه أن يعوض عليها ، وهذا التعويض ليس تعويضاً عن العدول وإنما هو تعويض عن التغرير بها وأضرارها ، وبالمقابل فلو اشترطت المخطوبة على خطيبها أن يترك عمله مثلاً ويسافر معها إلى بلدها لتجد له عملاً أفضل هناك ففعل ثم عدلت عن الخطبة كان عليها أن تعوض عليه لاغرائه وتغريرها به وليس لعدولها عن خطبته ، والأمثلة على ذلك كثيرة عملياً .

المحكمة المختصة للنظر في الهدايا والتعويض :

١٤٧ ــ ان الاجتهاد مستقر في سورية على أن دعاوى الهدايا بين الخاطبين هي من اختصاص المحاكم المدنية [2] وكذلك دعاوى التعويض ، لأن دعاوى التعويض تستند إلى فكرة المسؤولية التقصيرية القائمة على فكرة العمل غير المشروع ، وهو موضوع مدني بحت [3] وان القانون المطبق في الموضوعين هو القانون المدني وليس قانون الأحوال الشخصية [4] .

---

(١) الوسيط للسنهوري ، نظرية الالتزام ص ٨٣١ .
(٢) القرار المؤرخ في ١٤/٣/١٩٦٤ ـ القانون لعام ١٩٦٤ ص ٢٩٠ .
(٣) القاعدة ١١٥٣ من مجموعة القواعد القانونية السورية للاحوال الشخصية .
(٤) القاعدة ١١٦٠ من مجموعة القواعد القانونية السورية للاحوال الشخصية .

وقد كان المرحوم قدري باشا قد قنن أحكام الهبة مع أحكام الأحوال الشخصية في المادة ١١٠ من كتابه ، إلا أن مجلس الشيوخ المصري قد قرر ادخال الهبة في القانون المدني وجاء في قراره ما يلي :

(إنه ليس للهبة في تصوير القانون المدني من الاتصال بالميراث والروابط العائلية ما يبرر إدخالها في الأحوال الشخصية على نحو ما تفعل الشرائع الغربية) [١]

أحكام فك الخطبة عند النصارى

١٤٨ ـ الخطبة عند النصارى كما مر معنا سابقاً عقد ولذلك رتب المشرع الكنسي على فكها أحكاماً تختلف باختلاف الطوائف المسيحية .

وهناك شبه إتفاق أنه إذا انحلت الخطبة باتفاق الطرفين ودون سبب من أحدهما ، أو لمانع من الخطبة لم يكن معروفاً عند العقد ، أو لأيثار أحدهما المعيشة الرهبانية ، أو لوفاته ، فلا يعاد سوى العربون لمن قدمه أو لورثته .

أما إذا انحلت الخطبة بسبب من أحد العاقدين ففي ذلك تفصيل

١ ـ أحكام العربون والمهر :

١٤٩ ـ عند الطائفة الأرمنية الأرثوذكسية لا يمكن للفريق الذي فسخ الخطبة بدون سبب مشروع أو خطأ أن يطلب رد العربونات . أما الفريق البريء فله رد العربونات التي قدمها ، وعلى الفريق المخطىء أن يردها عيناً ، وإذا كانت غير موجودة فيكون ملزماً أن يدفع قيمتها حسب سعر اليوم (م ١١)

---

(١) الوسيط للسنهوري ج ٥ ص ١٨١ حاشية .

وعند الروم الأرثوذكس يتوجب على المسبب أن يقدم ضعف العربون الذي أخذه أو يخسر العربون الذي قدمه (م ١٤) وعند السريان الأرثوذكس ما يشبه ذلك . أما عند البروتستانت فيتوجب رد العربون والمهر ويخسر ما قدمه مع التعويض (م ١٩) وعند الكاثوليك فيعيد العربون إن كان قائماً أو بدلاً إن تلف ويخسر ما قدمه (م ٣٤) وأضاف الروم الأرثوذكس : أنه إن حدث حل الخطبة بسبب من والد المخطوبة أو أمها أو جدها أو وليها الذي عقد الخطبة واستلم العربون لها بمقتضى ولايته ، يرد المسبب المذكور ضعف العربون وكذا حكم ولي الخطيب ، وإذا امتنع فلا يعقد عقد جديد قبل الانتهاء من العقد الأول (م ١٧)

٢ً ـ أحكام الهدايا :

١٥٠ — إذا انحلت الخطبة بسبب من أحد الخطيبين فلا يحق للمسبب منها استرداد هدايا الخطبة التي قدمها بذاته أو بواسطة وليه وموافقته إذا كان تحت ولاية ، وإن كان أخذ هدية يردها . ومتى انحلت الخطبة بسبب من والدي الخطيبين وأوليائهما فالهدايا المقدمة للمسبب منها تسترجع إلى مهديها .

٣ ـ التعويض :

١٥١ — يلزم المسبب بفسخ الخطبة بالتضمينات والتعويض ، والتضمينات غالباً ما تكون محددة باتفاق الطرفين أما التعويض فتقدره المحكمة ويشمل المصاريف التي تكبدها الخطيب البريء وأقاربه بحسن نية وبالاقتناع الثابت

أن الزواج سيتم ، ويضاف إلى ذلك مبلغاً لقاء الاضرار المعنوية إذا ثبت ان المسبب بسوء سلوكه أو بأعماله العاطلة سبب ضرراً معنوياً للفريق البريء .

٤ – بدل البكارة :

١٥٢ – إذا غور الخاطب بخطيبته ثم استنكف عن عقد الزواج لزمه تأدية بدل البكارة مضافاً إليه التضمينات التي تقررها المحكمة وفقد العربون . وللمعتدى عليها أن تطالب بنفسها أو بواسطة وليها بمجازاته مدنياً أيضاً (م ١٢ روم ارثوذكس)

٥ – أحكام الدوطة

١٥٣ – من المعروف ان التعهد بالبائنة (الدوطة) لا تجب المطالبة به إلا إذا تم عقد الزواج ، ويسقط حكم البائنة إذا لم يعقد العقد . كما يسقط حكم البائنة لو كانت موافقة مقدم البائنة الخارجية قد جرت على أثر خداع وتغرير . سواء تم العقد ام لم يتم (انظر المادتين ٩٨ – ٩٩ من قانون الحق العائلي للروم الارثوذكس)

وعلى ذلك فإذا لم يتم الزواج وجرى فسخ الخطبة الزم الزوج باعادة البائنة إن كان قد قبضها وسقط حقه بالمطالبة فيها إن لم يكن قد قبضها .

التقادم

١٥٤ – إن الادعاء بالحقوق الناشئة عن فسخ الخطبة يسقط بمضي سنة . من تاريخ الفسخ في المشروعين الارثوذكسي والبروتستانتي وبمضي سنتين في المشروع الكاثوليكي وبمضي ستة أشهر فقط في مشروع الطائفة الأرمنية الأرثوذكسية .

احكام نقض الخطبة عند اليهود :

١ - الغرامـــة :

١٥٥ - نصت المادة ٨ من أحكام الموسويين على أن ناقض الخطبة لا يلزمه دفع شيء آخر غير الغرامة المضروبة . وتسقط الغرامة إذا كان الفسخ بسبب قانوني مشروع ، وتبطل الخطبة عندهم بوفاة أحد الخاطبين ولا غرامة ، والغرامة عادة عند اليهود تحدد سلفاً وهي بمثـــابة الشرط الجزائي تستحق عنـــد الفسخ المجرد عن السبب القـــانوني المشروع ولا تستحق الغرامة إلا بحكم القاضي ، فإذا حكم القاضي باستحقاق الغرامة ومات المحكوم لزمت بها تركته . وإذا توفي أبو المخطوبة أو المتعهد بالغرامة فلا يبطل العقد وأنما ينفذ وتسري الغرامة على الورثة ، أما إذا غير أحد الخاطبين اقامته من بلدة إلى بلدة فلا يجبر الآخر على الانتقال معه وتحق له الغرامة إلا إذا كان السفر اجبارياً فإن الغرامة في هذه الحالة تسقط (م ١٣ من أحكام الموسويين) .

٢ - الهدايـــا

١٥٦ - نصت المادة ١٤ من أحكام الموسويين أنه إذا أهدى أحد الخاطبين شيئاً إلى الآخر وجب على المهدى اليه رده أو دفع قيمته إذا أفقده ، غير أن الهدية إذا كانت من المستهلك أو مما يتلف طبعاً بالاستعمال فردها أو تعويض قيمتها غير واجب .

ومن الملاحظ أن الأحكام الشرعية للموسويين لم تفرق من ناحية الهدايا بين أن يكون فسخ الخطبة بسبب من الخاطب أو بسبب من المخطوبة كما هو الحال لدى المسلمين والمسيحيين وقد كان قانون حقوق العائلة العثماني

قد سوى في أحكام العدول عن الخطبة بين المسلمين والنصارى واليهود فنص في المادة الثانية على ما يلي :

م ٢ : بعد تمام الوعد إذا امتنع أحد الطرفين عن النكاح أو توفي ، فللخاطب أن يسترد الأشياء التي أعطاها حساباً عن المهر إن كانت قائمة وبدلاً إن تلفت ، أما الأشياء التي أعطاها الطرفان لبعضهما بعضاً هدية فتجري أحكام الهبة بحقها .

وجاء في المادة ٣ أن حكم المادة ٢ جار أيضاً بحق الدوطة (دراخومة) لغير المسلمين .

عقد الزواج

١٥٧ – عقد الزواج في الإسلام هو عقد أقرب إلى العقود المدنية منه إلى العقود الدينية وذلك لخلوه من الشكليات والطقوس الخاصة التي ترافق عادة العقود الدينية . فلا يشترط فيه إلا مايشترط في العقود المدنية من شروط ، ويعقده الطرفان بنفسهما دون حاجة لوجود رجل دين ، مع الملاحظة أنه لارجال دين في الاسلام . وذلك بخلاف عقود الزواج لدى اليهود والنصارى ، التي تعتبر عقوداً دينية بكل ما في الكلمة من معنى .

١٥٨ – فهي عند النصارى تحتاج إلى كاهن وطقوس دينية خاصة ومباركة واشبينين عدا الشاهدين (ف ٤ من م ٢٩ و م ٥٢ من قانون الحق العائلي للروم الأرثوذكس) . وعند السريان الأرثوذكس : يجري عقد الزواج بحفلة علنية يحضرها العريسان بعد أن يؤديا الفرائض الكنسية المعتادة من اعتراف وتناول القربان ، فيبارك الكاهن لهما الخاتمين والاكليلين بحضور شاهدين على الأقل ما عدا الاشبينين ، وإذا كانا أرملين أو أحدهما أرملًا فلا يبارك للإرمل منهما خاتم واكليل ، ويتلى عليه الدعاء المفروض (م ٢٠ من قانون الأحوال للسريان الأرثوذكس) .

وعند الكاثوليك يشترط أن يبرم عقد الزواج في كنيسة الخورنية ولا يجوز ابرامه في غيرها من الكنائس أو المعابد ، عمومياً كان المعبد أم

شبه عمومي ، إلا باذن الرئيس الكنسي المحلي أو الخوري (ف ١ من القانون ٩٨ من نظام سر الزواج للكنيسة الشرقية) و (م ٣٩ من قانون أحوال الأرمن الأرثوذكس) .

وحتى عند البروتستانت وهم المعروفون بتحررهم من كثير من الشكليات الدينية اشترط القانون أن يتم الزواج وفق المراسم التي تفرضها الكنيسة التي تعقده (م ٢٢ من أحوال الانجيليين) .

١٥٩ — وأما عند اليهود فتعتبر المراسيم الدينية والشكليات من أركان عقد الزواج فقد نصت المادة ٥٦ من كتاب الأحكام الشرعية للموسويين على ما يلي :

م ٥٦ - أركان العقد ثلاثة : (الأول) تسمية المرأة على الرجل وتقديسها عليه بقبولها ولو بخاتم يعطيه اليها يداً بيد ، بحضرة شاهدين شرعيين قائلاً لها بالعبرية تقدست لي زوجة بهذا الخاتم أو بكذا إن كان شيئاً آخر (الثاني) العقد شرعاً مكتوباً . (الثالث) الصلاة الدينية صلاة البركة بحضرة عشرة رجال على الأقل .

ونصت المادة ٥٧ من نفس القانون على أن الزوجة بلا تقديس لاتعتبر زوجة شرعاً .

هل عقد الزواج في الاسلام شكلي أم رضائي :

١٦٠ — ذهب البعض إلى أن عقد الزواج في الاسلام عقد شكلي لا يتم إلا بشهادة الشهود ، وليس عقداً رضائياً يتم برضا المتعاقدين . وهذا الوصف ينطبق على العقد عند جمهور المسلمين . إلا أنه لاينطبق على العقد عند الإمام مالك وأصحابه ، لأن الشهادة على النكاح عند الامام

مالك ليست حكماً شرعياً لا ينعقد العقد إلا بها ، وإنما المقصود منها سد ذريعة الاختلاف والإنكار .

فمن قال من الفقهاء أنها حكم شرعي قال : هي شرط من شروط الصحة ، ومن قال توثق قال : هى شرط من شروط التمام يؤمر به عند الدخول وليس عند العقد كما هو في شرط الصحة [1]

العقد الصحيح في الاسلام

١٦١ – ذكر الفقهاء لعقد الزواج أركاناً وسبباً ومحلاً وشروطاً متى توافرت وصحت كان العقد صحيحاً ، وإلا فان العقد يكون باطلاً أو فاسداً حسب نوعية الجانب المختل .

وقالوا : بأن أركانه : الزوجان والايجاب والقبول [2]

وأن سببه : هو حفظ النوع والبقاء

وأن محله : المرأة التي لايمنع من نكاحها مانع شرعي .

وأن شرطه الخاص : حضور شاهدين لاينعقد إلا بهما .

وشرطه العام : الأهلية بالعقل والبلوغ [3]

أما الفيلسوف الفقيه ابن رشد فقد اعتبر الشروط والمحل من الأركان وبذلك ذكر لعقد الزواج ثلاثة أركان وهي :

١ – التراضي

٢ – محل العقد

٣ – شروط العقد [4]

---

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٧
(٢) غاية المنتهى ج ٣ ص ١٧
(٣) شرح العناية على الهداية هامش شرح فتح القدير ج ٢ ص ٣٤٠
(٤) بداية المجتهد ج ٢ ص ٤

إلا أن فقهاء العصر الحديث أمثال الدكتور مصطفى السباعي ومحمد أبو زهرة وسيد سابق فقد اقتصروا على ذكر الأركان والشروط وبحثوا صلاحية المحل مع شروط الصحة ، ولم يتعرضوا كثيراً للبحث في السبب ، وخاصة فإن الباعث على الزواج من الأمور التي تبقى خافية عند تنظيم العقد . ومن ثم قسموا الشروط إلى : شروط صحة وشروط نفاذ وشروط لزوم وشروط انعقاد .

١٦٢ - وقد وجدت أن أياً من تلك التقسيمات لا يحقق البساطة والسهولة في العرض والفهم ، ولذلك رأيت أن أضع تقسيماً آخر أدخل بوجبه بعض الشرائط في بعض الأركان لارتباطها معها ارتباطاً لايقبل التجزئة واعتبر المحل كشرط من الشروط .

وعلى ذلك فإن الأهلية والولاية والوكالة والكفاءة والخلو من العيوب الجنسية أدخلتها كشروط لركن العاقدين . فيكون بعضها شرط نفاذ وبعضها الآخر شرط لزوم .

وأما ما يتعلق بالصيغة اللفظية من شروط فأدخلته في ركن الايجاب والقبول بدلاً من أن أبحثه مع شروط الانعقاد .

وعلى ذلك أستطيع أن أقسم البحث إلى قسمين رئيسيين فقط وهما :

١ - أركان العقد .

٢ - شرائط الصحة .

وقد جاء في المادة ٤٧ من القانون أنه متى توافرت في عقد الزواج أركانه وسائر شرائط انعقاده كان صحيحاً .

أركان عقد الزواج وشرائطه
عند المسلمين

آ - أركان العقد :

١٦٣ — أركان العقد هي العناصر الذاتية الانشائية التي يتكون منها العقـد وهي :

١ - العاقدان

٢ - الايجاب والقبول .

وأكثر الفقهاء على أن الايجاب والقبول فقط هما ركنا عقد النكاح وأن العاقدين يدخلان في عناصر قوام العقد .

١ - العاقدان

١٦٤ — من المعروف أن عقـد الزواج من العقود الملزمة للطرفين ولذلك كان لابد فيه من وجود عاقدين ، ونظراً لطبيعته الخاصة فلا بد أن يكون العاقدان [فردين أحدهما ذكر والآخر انثى ، ولا فرق أن يكونا] أصيلين أو وكيلين عن غيرهما أو وليين ، أو يكون أحدهما أصيلاً عن نفسه والآخر وكيلاً عن غيره .

وتشترط الأهلية في العاقدين : فإن كان أحد العاقدين عديم الأهلية فعبارته ملغاة ولا ينعقد عقده ، أما إذا كان أحدهما

ناقص الأهلية ، صح عقده الزواج بالنيـابة عن غيره ، إلا أن عقده عن نفسه موقوف على اجازة من له حق الاجازة ، وكامل الأهلية يصح عقده عن غيره ولنفسه ، ويعد السفيه مثل كامل الأهلية هنا ولذلك يصح وينفذ عقد زواجه إذ لا حجر عليه في الزواج وآثاره [1]

ولا تتم أهلية العاقدين للزواج إلا بالعقل والبلوغ (ف ١ من المادة ١٥ من القانون) وسنبحث هذه الأمور مفصلة في بحث الأهلية .

١٦٥ — واشترط الفقهاء في العاقدين الشروط التالية :

١ ـ أن يكون الولي للصغار أباً أو جداً وسيأتي تفصيـل ذلك في بحث (الولاية) .

٢ ـ أن يكون الزوج كفوءاً للمرأة وسيأتي تفصيل ذلك في بحث (الكفاءة) .

٣ ـ أن يكون الزوج خاليـاً من العيوب الجنسيـة كالجب والعنـة والخصاء وسيأتي تفصيل ذلك في بحث (التفريق للعلل) .

٤ ـ أن يكون العاقد عن غيره ذا صفة تخوله اجراء العقد ، وسيأتي تفصيل ذلك في بحث (الوكالة) .

٥ ـ أن يكون الزوج مسلماً بالنسبة للمرأة المسلمة . وإلا كان العقد باطلاً (م ٤٨ من القانون) .

إجراء العقد من قبل عاقد واحد :

١٦٦ — ذهب الأحناف على الرأي الواجح عندهم إلى أن عقد الزواج

---

(١) الاحوال لأبي زهرة ص ٤٢

قد اختص من بين العقود بأنه يجوز أن يتولاه عـاقد واحد يقوم مقـام العاقدين . وتقوم عبارته مقام العبارتين ، ويكون ذلك متى كان للعـاقد الواحد صفة تخوله اجراء العقـــد من كلا الجانبين ولم يكن فضوليـــاً بالنسبة لأحدهما .

وتكون للعاقد الواحد صفة اجراء العقد من الجانبين في الأحوال التالية :

١ ـ إذا كان وكيلاً عن الرجل والمرأة بآن واحد .

٢ ـ إذا كان وكيلاً من جانب وأصيلاً من جانب آخر . كأن توكله المرأة في أن يزوجها من نفسه .

٣ ـ إذا كان ولياً من جانبين ، كأن يزوج حفيدته من ابن عمهـا الذي هو حفيده أيضاً وكلاهما في ولايته .

٤ ـ أن يكون ولياً من جانب ووكيلاً أو أصيلاً من جانب آخر ، فعلى الحالة الأولى كأن يوكله رجل بأن يزوجه من ابنتـه التي هي في ولايته ، وعلى الحـالة الثانية كأن يزوج نفسه من ابنـة عمـه التي هي في ولايتـه .

وخالف الشافعي وزفر فلم يجيزا أن يتولى شخص واحـد العقد من الجانبين بعبارة واحدة ، واستثنى الشافعي من المنع تزويج الجـد الحفيدة من حفيده إذا لم تكن بينها علاقة محرمة ، كما خالف أبو يوسف فـأجاز أن يتولى شخص العقد عن الطرفين ولو كان فضولياً ، فيصح العقد ويكون موقوفاً على إجازة تصرف الفضولي [1] .

---

(١) الاحوال لأبي زهرة ص ٥٢ ونهاية المحتاج ج ٢ ص ٢٤٧ .

٣ - الايجاب والقبول :

١٦٧ - يسمى الايجاب والقبول صيغة العقد ، وقد رأينا أن بعض الفقهاء يرون أن الايجاب والقبول هما الركنان الوحيدان للعقد . والواقع أن الركن الحقيقي لعقد الزواج ليس الايجاب والقبول وإنما هو رضا الطرفين المتعاقدين وتوافق ارادتيهما على اجراء العقد .

ولما كانت الارادة من الأمور الباطنة الخفية ، فقد جعل الشارع الألفاظ ترجماناً لها . ودليلاً على وجودها . ولذلك ينعقد الزواج بمجرد تبادل الألفاظ المعينة للايجاب والقبول .

وقد نصت المادة ٥ من القانون على ما يلي :

ينعقد الزواج بايجاب من أحد العاقدين وقبول من الآخر .

تعريف الايجاب :

١٦٨ - الايجاب هو اللفظ الذي يصدر أولاً من أحد العاقدين دالاً على رغبته بالزواج من العاقد الآخر ورضاه به . ولا فرق أن يكون من الرجل أو من المرأة .

فإذا كان من الرجل قال لخطيبته : زوجيني نفسك على مهر معجله كذا ومؤجله كذا .

وإذا كان من المرأة قالت لخطيبها : زوجتك نفسي على مهر معجله كذا ومؤجله كذا .

تعريف القبول :

١٦٩ - القبول هو اللفظ الذي يصدر ثانياً من المتعاقد الآخر دالاً على رضاه وموافقته على رغبة الطرف الأول .

فاذا كان القابل هو الرجل قال لخطيبته جواباً على ايجابهـا السالف ذكره : قبلت منك نكاحك وزواجك على المهر المذكور بالشكل المذكور .

وإن كانت القابلة هي المرأة قالت لخطيبها جواباً على ايجابه السالف ذكره : زوجتك نفسي على ما ذكرت من مهر .

فإذا تم الايجاب والقبول انعقد العقد وحل الاستمتاع بين الرجل والمرأة .

شروط الصيغة اللفظية :

١٧٠ — اشترط الفقهاء للصيغة اللفظية ستة شروط وهي :

١ - جلاء المعنى .

٢ - جزم الارادتين .

٣ - توافق الايجاب والقبول من جميع النواحي .

٤ - اتحاد مجلس العقد .

٥ - ان يسمع كل من المتعاقدين كلام الآخر ويفهمه .

٦ - ان لا يوجد من أحد الطرفين قبل القبول ما يبطل الايجاب .

١ - جلاء المعنى :

١٧١ - لم يشترط الفقهاء لفظاً معيناً ينعقد به الزواج وإنما اشترطوا فقط أن يكون اللفظ المستعمل للايجاب والقبول دالاً دلالةً واضحة على الرغبة بالزواج والموافقة عليه ، ولذلك قال الفقهاء : ينعقد العقد بلفظ النكاح والزواج كما ينعقد بلفظ الهبة والصدقة أو نحوهما مما يفيد الملك الدائم إذا قرن بالمهر ، فاذا قالت المرأة للرجل مثلاً : وهبتك نفسي على مهر قدره كذا فقبل الرجل انعقد العقد . وذلك لأن ذكر المهر قرينة تجعل لفظ الهبة جليّ المعنى والدلالة على قصد النكاح ، لأنه من المعروف

أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني [1] وهذا مذهب الأحناف والمالكية .

أما الشافعية والحنابلة فقد ذهبوا الى أن الزواج لا ينعقد إلا بلفظي الزواج أو النكاح .

واتفق الفقهاء على ان الزواج ينعقد بأي لغة كانت ولا يشترط فيه التكلم بالعربية خلافاً لرأي الشافعي .

وقد ذهب القانون مذهب الأحناف والمالكية بهذا الخصوص فنص في المادة ٦ على ما يلي :

م ٦ : يكون الإيجاب والقبول في الزواج بالألفاظ التي تفيد معناه لغة وعرفاً . وفي نفس هذا المعنى جاء النص في قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية .

زواج الأخرس :

١٧٢ - إتفق الفقهاء على صحة زواج الأخرس ، وقالوا بان عقده ينعقد باشارته المفهومة إن لم يكن يحسن الكتابة ، لأن الاشارة معنى مفهم ، فإذا لم تفهم إشارته فلا يصح زواجه ، لأن الأصل في الإيجاب والقبول كما رأينا سالفاً هو الدلالة على توافق الإرادتين ، ولابد لتوافر ذلك من أن يفهم كل طرف منهما ما يصدر عن صاحبه .

أما إذا كان الأخرس يحسن الكتابة فالذي عليه القانون أنه لا يصح عقده بالإشارة وإنما عليه عليه أن يبين قصده بالكتابه ، وإلى هذا أشارت المادة ١٠ من القانون التي جاء فيها ما يلي :

---

(١) المدخل الفقهي العام - طبعة ٣ ص ٢٢٠ .

م ١٠ : يصح الإيجاب أو القبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب وإلا فبإشارته المعلومة .

وهذا المذهب هو إحدى روايتين في المذهب الحنفي ، أما الرواية الأخرى فهي صحة العقد بالاشارة ولو كان الأخرس يحسن الكتابة ، وهذه الرواية الثانية هي التي أخذ بها قدري باشا في المادة ١٠ من كتابة الأحكام الشرعية فجاء فيها ما يلي :

م ١٠ : ينعقد نكاح الأخرس باشارته إذا كانت معلومة مؤدية إلى فهم مقصوده .

زواج الغائب :

١٧٣ – إذا كان أحد العاقدين غائباً عن مجلس العقد فقد أجاز له الفقهاء أن يرسل رسولاً أو يكتب رسالة إلى الطرف الآخر يطلب فيها منه الزواج بلفظ الإيجاب المعروف ، فإذا كان الطرف الآخر رغبة في القبول فعليه أن يظهر هذه الرغبة امام شاهدين بعبارة القبول المعروفة بعد إطلاعهما على الإيجاب في مجلس العقد. ولا يشترط أن يكون الموجب قد كتب الرسالة أمام شهود.

وعلى ذلك نصت المادة ٧ من القانون :

م ٧ : يجوز أن يكون الإيجاب والقبول بالكتابة إذا كان أحد الطرفين غائباً عن المجلس .

ويعني ذلك أن الكتابة لا تقبل من الحاضر إلا إذا كان لا يحسن النطق .

وفي القانون العراقي نصت الفقرة الثانية من المادة ٦ على مايلي :

ف ٢ م ٦ : ينعقد الزواج بالكتابة من الغائب لمن يريد أن يتزوجها بشرط أن تقرأ الكتاب أو تقرؤه على الشاهدين وتسمعها عبارته وتشهدهما على أنها قبلت الزواج منه) .

أما عند الجعفرية فلا ينعقد الزواج بالكتابة مع القدرة على النطق ، سواء كان العاقدان حاضرين أم كان أحدهما غائباً[1]

ولي في هذا المجال رأي وهو : أن العقد بالكتابة يوقعنا باشكالات كثيرة وأهمها إنكار الموجب للرسالة والتوقيع عليها مما يوجب الأخذ برأي الجعفرية في هذا المجال ، وخاصة فإن المبررات لجواز عقد الغائب بالكتابة لم تعد قائمة في هذا العصر بعد أن انتشر كتاب العدل في جميع أرجاء المعمورة . واصبح باستطاعة ريد الزواج أن ينظم وكالة رسمية موثقة عند كاتب العدل يوكل فيها من يشاء باجراء عقد زواجه على من يشاء وبالشروط التي يتفقان عليها .

العقد بالتعاطي :

١٧٤ — لم يجز الفقهاء إجراء عقد الزواج بالتعاطي قياساً على العقود الأخرى . وذلك نظراً ما لعقد الزواج من آثار هامة في المجتمع ونظراً لأن الصيغة اللفظية ركن هام من أركان عقد الزواج حتى أن بعض الفقهاء قد اعتبرها الركن الوحيد في عقد الزواج .

فإذا سلم الرجل خطيبته المهر فأخذته الزوجة راضية به فلا ينعقد

(١) شرح قانون الاحوال الشخصية لخروفة ج ١ ص ١٦٣

بذلك زواج ، لأن التعاطي وإن كان يدل على الرضا فإنه يلتبس به الأمر بين أن يكون رضا بالزواج الشرعي المنتج لآثاره الشرعية وبين أن يكون رضا بسفاح محرم . وقد جاء في حاشية ابن عابدين :

« إن القبول بالفعل لا يكون كالقبول باللفظ ، ولا ينعقد العقد بالتعاط فلو قالت المرأة لرجل أمام شهود زوجتك نفسي بألف فلم يقل شيئاً وإنما قام واعطاها ألفاً في مجلس العقد لا يصح ذلك ، وقال الإمام لا يصح ما لم يقل بلسانه قبلت »[1]

وهذا أمر لم يتعرض له القانون مما يوجب الرجوع فيه إلى القول الراجح في المذهب الحنفي عملاً باحكام المادة ٣٠٥ من القانون .

٢ - جزم الارادتين :

١٧٥ - المراد بجزم الإرادتين أن تكون صيغة الإيجاب والقبول مفيدة للبت في العقد بصورة لا تردد معها ولا تسويف وقد عبر الفقهاء عن ذلك بقولهم أن تكون الصيغة منجزة أي مطلقة غير مقيدة بأي قيد من القيود . كأن تقول المرأة لخاطبها زوجتك نفسي فيقول الخاطب : قبلت وقد وجد الفقهاء أن أحسن صيغة تدل على الإرادة الحازمة هي هي صيغة الماضي نحو زوجت وتزوجت وقبلت ورضيت. وقال الفقهاء : ومع ذلك فإن صيغة الماضي ليست بشرط لازم لاينعقد العقد بسواها ، إلا أنها أفضل من غيرها من الصيغ، واتفق الفقهاء على أن الزواج لاينعقد بصيغة المستقبل ، فإن قالت المرأة لخاطبها سأزوجك نفسي ، فقال : قبلت . لم ينعقد العقد لاحتمال أن يكون المراد من ذلك مجرد الوعد

---

(١) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٣٧٢ .

بالزواج ، والوعد بالزواج كما رأينا ليس عقداً بأية حال[1].

وقال الفقهاء أن مما ينافي التنجيز الصيغ التالية :

آ ـ الصيغة المعلقة على شرط

ب ـ الصيغة المضافة للمستقبل

آ ـ الصيغة المعلقة على شرط :

١٧٦ - وهي أن يجعل تحقق مضمونها معلقاً على تحقق شيء آخر ، كأن تقول الفتاة لخاطبها : زوجتك نفسي إن نجحت في الثانوية . فيقول الخاطب : قبلت ، فلا ينعقد بذلك زواج لأن النجاح قد يكون وقد لا يكون ، وبما أن عقد الزواج يفيد الحل في الحال وينتج آثاره بصورة فورية فلا ينعقد الزواج ولو نجحت مستقبلاً في الثانوية ، أي لا ينعقد حين تحقق الشرط لمنافاة ذلك للأثر الفوري للعقد. وقد جاء في المادة ١٧ من كتاب الأحكام الشرعية لقدري باشا أنه متى انعقد النكاح صحيحاً ثبتت الزوجية ولزم الزوج والزوجة أحكامه من حين العقد ولو لم يدخل بالمرأة.

أما إذا كان التعليق على أمر كان قد تحقق انعقد العقد ، لأن التعليق في مثل هذه الحالة تعليق صوري والصيغة في حقيقتها منجزة .

كأن تقول الفتاة لخاطبها زوجتك نفسي إن نلت الشهادة الجامعية.

فقال لها : قبلت وكان فعلاً قد نال تلك الشهادة .

أو قالت له : زوجتك نفسي إن رضي أبي

فقال : قبلت

---

(1) فقه السنة ج ٦ ص ٨٦

وكان أبوها حاضراً في مجلس العقد فقال : رضيت .

وعلى ذلك نصت المادة ١٣ من القانون التي جاء فيها ما يلي :

م ١٣ : لا ينعقد الزواج المضاف إلى المستقبل ولا المعلق على شرط غير متحقق .

ب ـ الصيغة المضافة الى المستقبل :

١٧٧ ـ وهي أن يقول الخاطب لخطيبته زوجيني نفسك بعد شهر ، فتقول له : قبلت ، فلا ينعقد بذلك الزواج لا في الحال ولا بعد مجيء الشهر ، لأن الزواج كما قدمنا ينتج آثاره حالاً ولا يمكن أن تتأخر أحكامه الى مابعد تحقق الشرط ، ولذلك رأينا القانون في المادة ١٣ ينص على عدم انعقاد الزواج المضاف إلى المستقبل .

جـ ـ الصيغة المقرونة بوقت معين :

١٧٨ ـ وهي أن يقول الخاطب لخطيبته : زوجيني نفسك لمدة شهر مثلاً فتقول له : قبلت . فلا ينعقد بذلك العقد لأن الأساس في عقد الزواج أنه يعقد على التأبيد ولا يصح فيه التوقيت ، لأن التوقيت مناف لمقاصده الشرعية وهي دوام العشرة بين الزوجين وإنجاب الأولاد والسهر على تربيتهم .

وعلى ذلك أفتى الفقهاء بحرمة زواج المتعة ، كما افتوا بحرمة زواج المحلل ، مما سنراه مفصلاً في بحث أنواع الزواج .

٣ ـ توافق الايجاب والقبول :

١٧٩ ـ يجب أن يوافق القبول الإيجاب من جميع الوجوه حتى ينبرم العقد .

فإذا قال الرجل للمرأة : زوجيني نفسك على ألف ليرة سورية .

فقـــالت له : زوجتك نفسي على ألفين .

لم ينعقد العقد ، ولكن يمكن أن يعتبر هذا القبول ايجاباً من طرفها فاذا قبل به الطرف الآخر صح العقد على ألفين .

٤ ـ اتحاد مجلس العقد :

١٨٠ ـ يشترط لانعقاد الزواج أن يتم الإيجـاب والقبول في مجلس واحد ، فإذا تم الايجاب في مجلس والقبول في مجلس آخر لا ينعقد العقد . هذا في حال حضور المتعاقدين . أما في حال غياب المتعاقـدين أو غياب أحدهما وإجراء العقد مكاتبة فان المجلس يبدأ عند وصول الرسالة إلى القابل ولو كان الموجب قد كتبها قبل عدة شهور ،

٥ ـ أن يسمع كل من المتعاقدين كلام الآخر ويفهمه :

١٨١ ـ اشترط الفقهاء **التسامع** لأنه وسيلة لحصول الفهم ، ولما كان **التسامع** قد لا يؤدي الى الفهم ، فاشترطوا معه الفهم ، لأن **التسامع** إذا كان بلغة لايفهمها الطرفان فلا يمكن أن يؤدي إلى الفهم ، وقصد الفقهاء بالفهم أن يفهم الطرفان أن المراد من حديثهما اجراء عقد الزواج بينهما .

٦ ـ أن لا يوجد من أحد الطرفين قبل القبول مايبطل الايجاب :

١٨٠ ـ وهـــذا يعني أن لا يرجع الموجب عن إيجابه قبل أن يقبل الطرف الآخر ، لأن القبول بعد الرجوع لا يعتد به ولا ينعقد به العقد . كما يعني أن لا تنشأ عند الموجب حالة تؤدي إلى إبطال هذا الإيجاب كأن يجن الموجب قبل قبول الطرف الآخر .

وإلى هذه الشروط الأربعة الأخيرة أشارت المادة ١١ من القانون فجاء فيها مايلي :

م ١١ : ١ ـ يشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا متفقين من كل وجه وفي مجلس واحـــد ، وأن يكون كل من المتعاقدين سامعاً كلام الآخر ، وفاهماً أن المقصود الزواج ، وأن لا يوجد من أحد الطرفين قبل القبول مايبطل الإيجاب .

٢ ـ ويبطل الإيجاب قبل القبول بزوال أهلية الموجب وبكل مايفيد الإعراض من أحد الطرفين .

ب شرائط العقد :

لصحة العقد عند المسلمين شرطان وهما :

١ ـ الحل الشرعي .

٢ ـ الشهادة .

١ ـ الحل الشرعي :

١٨٢ ـ أي أن يكون كل من الخاطبين يحل له شرعاً أن يتزوج الخاطب الآخر ، وهذا لا يكون إلا إذا كان كل منهما خلواً من الموانع الشرعية للزواج ، فلا تكون المرأة محرمة على الرجل لأحد أسباب التحريم المؤبدة أو الموقتة التي رأيناها في بحث المحرمات من النساء .

ولا يكون الرجل ممنوعاً من الزواج بها لأحد الموانع التي ذكرناها سابقاً أيضاً ، كأن يكون متزوجاً أربع نساء ، لأنه في هذه الحـــالة يكون محرماً عليه زواج الخامسة قبل طلاق إحدى نسائه الأربع .

وقد أغفل القانون السوري هذا الشرط إلا أن المادة ٢٠ من الأحكام الشرعية لقدري باشا المعمول بها في سورية بدلالة المادة ٣٠٥ أحوال نصت على ذلك فجاء فيها ما يلي :

« يشترط لصحة النكاح أن تكون المرأة محلاً له غير محرمة على من يريد التزوج بها » .

٢ ـ الإشهاد :

١٨٤ ـ جاء في رد المحتار :

« يشترط في النكاح حضور شاهدين يشهدان على العقد ، وأما سائر العقود الأخرى فتنفذ بغير شهود ، ولكن الإشهاد عليها مستحب للآية »[١]
وإلى ذلك ذهب الجمهور وخالف الإمام مالك رضي الله تعالى عنه فقال : إن الشهادة على النكاح ليست حكماً شرعياً ، وإنما المقصود منها سد ذريعة الاختلاف أو الإنكار ، ولذلك فليست شرطاً من شروط الصحة ، وإنما هي شرط من شروط التمام »[٢] .

ولذلك فلو شهد شاهدان العقد وأوصاهما المتعاقدان بكتمان العقد وعدم اذاعته كان العقد صحيحاً عند الجمهور ومستوجب الفسخ عند الإمام مالك لعدم تحقق شرط العلانية في ذلك ، إذ أن الإشهار والعلانية عند مالك هو الشرط لإنشاء العقد.

ودليل الجمهور ما روي عن ابن عباس . أن رسول الله ﷺ قال : لا نكاح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد .[٣]

ودليل الإمام مالك : قوله عليه الصلاة والسلام : اعلنوا هذا النكاح ، واضربوا عليه بالدفوف . بالاضافة الى أنه لم يثبت لديه صحة الأحاديث التي وردت في الشهادة على النكاح . وقد أخذ القانون برأي الجمهور فجاء في المادة ١٢ منه أنه يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين . .
وجاء في المادة ٧ من أحكام قدري باشا أنه لا يصح عقد النكاح إلا بحضور شاهدين .

---

(١) رد المحتار ج ٢ ص ٣٧٩
(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٧
(٣) هذا الحديث رواه الدارقطني مرفوعا وذكر ان في سنده مجاهيل لذلك فلم يعتمد به الامام مالك وأصحابه (بداية المجتهد ج ٢ ص ١٧) .

وجاء في المادة السادسة من قانون الأحوال العراقي أنه لاينعقد عقد الزواج إذا فقد شرط شهادة شاهدين متمتعين بالأهلية القانونية على عقد الزواج.

١٨٥ – وحيث أن القانون قد أوجب أن تعقد عقود الزواج في المحكمة الشرعية وباشراف القاضي أو من يأذن له باجراء العقد . فلا شيء يمنع في هذه الحالة من أن يكون القاضي و مساعد المحكمة شهوداً على عقود الزواج التي يقومون باجرائها دون حاجة إلى الاستعانة بشهود غيرهم من خارج المحكمة .

أما على مذهب الإمام مالك ، فبما أن الشهادة هي شرط تمام وانما وجدت لسد ذريعة الإختلاف والانكار ، فيكون اجراء العقد في المحكمة الشرعية وتسجيله فيها وهو وثيقة لايطعن فيها إلا في التزوير ، ساداً لذريعة الإختلاف والإنكار . دون حاجة إلى الاستعانة بالشهود .

شروط الشهود :

١٨٦ – لم يختلف الفقهاء في نصاب الشهادة وهو رجلان أو رجل وإمرأتان ، وإنما اختلفوا في بعض الشروط التي يجب توفرها في الشهود .

وقد جاء في رد المختار ما يلي :

وشرط في الشهود :

١ ـ الحرية .

٢ ـ العقل .

٣ ـ البلوغ .

٤ ـ الإسلام .

٥ ـ سماع كلام العاقدين وفهمه .

٦ - ذكورة واحد منهما على الأقل .[١]

وأضاف الشافعية والحنابلة إلى ذلك شرطين وهما :

١ - العدالة .

٢ - ذكورة الشاهدين .[٢]

وقد أخذ القانون بمذهب الأحناف فنص في المادة ١٢ على ما يلي :

م ١٢ : يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين رجلين أو رجل وامرأتين ، مسلمين ، عاقلين ، بالغين ، سامعين الايجاب والقبول فاهمين المقصود بهما .

١ - الحرية :

١٨٧ - يشترط الأحناف والشافعية أن يكون الشهود أحراراً ، وخالف الحنابلة فقالوا بجواز شهادة العبد في النكاح لما نقل عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال : ما علمت أحداً رد شهادة العبد ، والله تعالى يقبلها يوم القيامة[٣]

١ - العقل :

١٨٨ - اتفق الفقهاء على ضرورة توافر شرط العقل في الشاهدين فلا تصح شهادة المجنون والمعتوه وكل من لايستطيع أن يفهم مقاصد الزواج .

٣ - البلوغ :

١٨٩ - اتفق الفقهاء على ضرورة توافر شرط البلوغ في الشاهدين

(١) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٢٨٠

(٢) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٢١٣ - غاية المنتهى ج ٣ ص ٢٧

(٣) الاحوال لأبي زهرة ص ٥٨

نظراً لأن عقد الزواج عقد له أثر هام في المجتمع فـــلا تجوز فيه شهادة الصغار ، ولأن الشهادة في الإسلام ولاية ، ولا ولاية للصغير على نفسه فكيف تثبت له الشهادة على غيره .

٤ ـ الاســـلام :

١٩٠ — لم يختلف الفقهاء في اشتراط اسلام الشهود إذا كان العقد بين زوجين مسلمين .

أما إذا كان الزوج مسلماً فالراجح عند الأحناف قبول شهادة الكتابيين [١] وعند الشافعية والحنابلة لايجوز [٢]

ووجهة نظر الشافعية والحنابلة ومحمد وزفر من الأحنـاف أن الشهادة ولاية ولا ولاية لغير المسلم على المسلم . وأن الزواج هو زواج مسلم فلا بد أن يذيع بين المسلمين بحضور شاهدين من المسلمين .

وحجة أبي حنيفة وأبي يوسف أن الشهادة في الزواج على المرأة وهي كتابية فتجوز شهادة الكتابيين عليها لأن لغير المسلمين ولاية على بعضهم . وقد أخذ القانون برأي الشافعية والحنابلة خلافاً . لقدري باشا الذي أخذ بالرأي الراجح عند الأحناف (م ٧ من الأحكام الشرعية) .

٥ ـ سماع كلام العاقدين وفهمه :

١٩١ — اشترط الجمهور لصحة الشهادة أن يسمع الشاهدان الايجـاب والقبول ويفهمان المقصود منها ، ولذلك قـالوا : لا ينعقـد النكاح بشهادة أصمين أو نائمين ولا جاهلين للغة التي يجري فيها العقد بين الزوجين . ؟

---

(١) شرح فتح القدير ج ٢ ص ٣٥٣ و هو مذهب ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد وزفر

(٢) غاية المنتهى ج ٣ ص ٢٧ ــ ونها المحتاج ج ٦ ص ٢١٦

وكذلك لاينعقد بشهادة سكرانين قياساً على الأصمين والنائمين .

وأجاز الفقهاء شهادة الأعمى إذا كان يستطيع التمييز بين صوتي المتعاقدين على وجه لايتطرق اليه الشك خلافاً لرأي الشافعية .

٦ ـ الذكورة :

١٩٢ ـ اشترط الشافعية والحنابلة صفه الذكورة في الشاهدين فلا ينعقد عندهم النكاح بشهادة النساء [١] واستدلوا على ذلك بما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال :

« لاتجوز شهادة النساء في الحدود ولا في النكاح ولا في الطلاق »

أما الأحناف فقد أجازوا في الزواج شهادة النساء إلا أنهم اشترطوا شهادة رجل وامرأتين قياساً على الشهادة في الأموال لقوله تعالى :

« واستَشهِدُوا شَهيدَيْن مِنْ رجالِكُم فإنْ لَمْ يَكُونا رَجُلَيْن فَرَجُلٌ وأمرأتان مِمَّن تَرضَوْنَ مِنَ الشُّهَداءِ ، أن تَضلَّ إحداهُما فتُذَكِّرْ إحداهُما الأُخرَى » (بقرة ٢٨٢) .

أما شهادة النساء وحدهم فلا تجوز بالاتفاق .

٧ ـ العدالة :

١٩٣ ـ اشترط الشافعية والحنابلة العدالة في الشاهدين ، فلا ينعقد عندهم الزواج بشهادة الفاسقين [٢] ودليلهم في ذلك ما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال :

« لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » .

---

(١) غاية المنتهى ج ٣ ص ٢٧ ـ ونهاية المحتاج ج ٦ ص ٢١٣
(٢) غاية المنتهى ج ٣ ص ٢٧ ـ ونهاية المحتاج ج ٦ ص ٢١٤

وقالوا : بأنه تكفي العدالة الظاهرة ولو تبين بعد العقد أنهما فاسقين .

وأجاز الأحناف شهادة الفاسقين [1] وحجتهم في ذلك أن المقصود بالشهادة في الزواج هو الاعلان ، والاعلان يتحقق بحضور الفساق كما يتحقق بحضور الأبرار ، ونحن لسنا مع رأي الأحناف لأن الفاسق كما هو معروف لا يؤتمن ، فكيف نأتمنه على عدم تزوير الشهادة ، والنكاح من الأمور ذات الاعتبار الدياني والتي يجب ألا يشهد عليها إلا أهل التقوى والصلاح والعدول من الناس ، وهذا قصور في القانون كان من الواجب تداركه.

شهادة الأقرباء :

١٩٤ ـ الأصل في العقود أنه لاتقبل شهادة الفروع للأصول ولا شهادة الأصول للفروع ، ولكن فقهاء الأحناف أجازوا أن يكون شاهدا الزواج من فروع العاقدين أو أصولهما ، فيجوز أن يتزوج الرجل بشهادة ابنيه من غير الزوجة المعقود عليها أو بشهادة ابنيها من غيره ، وكذلك يجوز أن يتزوجها بشهادة ابنيه منها أيضاً ، لأن الشهادة عندهم كما رأينا سابقاً ليست لاثبات العقد وإنما هي لاخراجه من السرية إلى العلانية ، وإنما ترد شهادة الفروع لأصولهم ، والأصول لفروعهم في الاثبات فقط لأجل التهمة ، وهنا ليس الغرض الاثبات [2] .

---

(١) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٢٨٠

(١) الاحوال لأبي زهرة ص ٦٠

أركان عقد الزواج وشرائطه
عند النصارى

آ - أركان العقد :

١٩٥ — لعقد الزواج عند النصارى ركن واحد لايتم إلا به وهو اقامة الصلاة الكنسية المفروضة من قبل رجل دين مأذون له بذلك ، ولا يتم الاكليل أي العقد إلا في الكنيسة ، على أنه يمكن للمطران أن يأذن به خارج الكنيسة لأسباب اضطرارية . وقد جاء في المادة ٤٠ من مشروع الطائفة الأرمنية الأرثوذكسية أن الزواج سر يصبح صحيحاً بباركة الاكليل من قبل كاهن صالح وفقاً للطقوس المفروضة من الكنيسة . ويشترط أن تتم المباركة أمام شاهدين ما عدا الاشبينين .

ومن الملاحظ أن مشاريع القوانين الكنسية لم تفرق بين أركان العقد وشروطه .

ب - شروط صحة العقد :

١٩٦ — ١ - رضاء الزوجين بملء الحرية إذا كانا وليّي أمريهما ، وأما من هو تحت الولاية فرضا الأولياء بصراحة أو سكوت يقوم مقام الرضى ، ولا يكون الرضى حراً تاماً إذا كان اكراه أو تغرير . ويشترط الكاثوليك لقيام الرضا أن لا يجهل المتعاقدان أن الزواج هو على الأقل شركة مستمرة بين الرجل والمرأة بقصد ولادة البنين . بينما يشترط

البروتستانت أن يكون المتعاقدين مستكملي القوى التي تمكنهما من اتمام الاقتران الطبيعي وعاقلين .

٢ - بلوغ سن الزواج ، وسن الزواج عند الأرثوذكس اكمال البنت الخامسة عشرة واكمال الرجل السابعة عشرة إذا كانت الصحة والبنية تؤهلانها للزواج ، ويشترط البروتستانت السادسة عشرة للانثى والثامنة عشرة للذكر . وعند الكاثوليك السادسة عشرة للذكر والرابعة عشرة للانثى مع اعطاء الحق للرؤساء الروحيين أن يفسحوا على اتباعهم من هذا السن سنتين. (البند ٢ من القانون ٣٢ من نظام سر الزواج للكنيسة الشرقية) .

٣ - عدم وجود مانع من موانع الزواج المبطلة للعقد أو المفسدة عليه وهذا ما سنبحثه مفصلاً عند ذكر المحرمات من النساء .

٤ - أن يكون الزوجان مسيحيين ولو كانا مختلفين في المذهب . ويشدد الكاثوليك في نهي اتباعهم عن الزواج بغير الكاثوليك من المسيحيين فقد جاء في القانون ٥٤ من نظام سر الزواج للكنيسة الشرقية ما يلي :

قانون ٥٤ : على الرؤساء الكنسيين وسائر رعاة النفوس :

١ - أن يحذّروا المؤمنين من الزواج المختلط ما استطاعوا إلى ذلك سبيلاً .

٢ - فاذا لم يتوصلوا إلى منعه فليبذلوا قصارى جهدهم كي لا يتم عقده خلاف شرائع الله والكنيسة .

٣ - وبعد عقد الزواج المختلط ، سواء أتم العقد في مكان ولا يتهم الخاص أو في منطقة ولاية غيرهم ، فليسهروا كل السهر على أن يكون الزوجان أمينين في انجاز ما قد تعهدا به .

ونهى القانون ٥١ الرؤساء الكنسيين من التفسيح للزواج المختلط إلا في أحوال ضيقة منها :

١ - أن تحرج إلى ذلك أسباب عادلة خطيرة . .

٢ - أن يؤدي الزوج غير الكاثوليكي ضماناً بدفع خطر الضلال عن الزوج الكاثوليكي وأن يؤدي كلا الزوجين معاً ضماناً بتعميد جميع الأولاد وتربيتهم تربية كاثوليكية لاغير .

٣ - أن يوقن من اتمام هذه الضمانات يقيناً أدبياً ، وتكتب هذه الضمانات كتابة .

وأوجب القانون رقم ٥٢ على الزوج الكاثوليكي أن يسعى بفطنته في هداية الزوج غير الكاثوليكي .

ونهى القانون ٥٠ من نفس النظـــام الكنسية نهياً شديداً من عقد الزواج بين شخصين معتمدين الواحد كاثوليكي والآخر منتم إلى بدعـــة هرطوقية أو مشاقه ، وإذا كان على الفريق الكاثوليكي أو على الأولاد خطر ضلال فالزواج محرم بمقتضى الشريعة الإلهية نفسها .

٥ - رخصة من الرئيس الروحية في الأبرشية تسجل في سجل خاص .

٦ - حضور كاهن لاقامة الصلاة ، وقد استغنى القانون ٨٩ من نظام سر الزواج للكنسية الشرقيـة ، عن شرط حضور الكاهن في الحالات الاضطرارية ؛ فإذا حالت مشقة جسيمة دون الحصول على كاهن صح الزواج بحضور الشهود فقط .

الزواج السري والزواج العلني :

١٩٧ - الأصل أن يعقد الزواج علناً ويكون مسبوقاً عند الكاثوليك

بمناديات يقوم بها خوري الخطيبين الخاص فيعلن جهاراً في الكنيسة وعلى ثلاث مرات متوالية بين أحد وعيد مفروض أسماء طالبي التزويج . ومع ذلك فقد أجازت الكنيسة عقد الزواج سراً ودون مناديات في حالة وجود سبب جسيم ومحرج للغاية وذلك ضمن الشروط التالية :

١ ـ يلازم الأذن بإبرام عقد الزواج سراً وعد وفرض ثقيل بكتمان السر يقيدان الكاهن الذي يحضر الزواج والشهود والرئيس الكنسي وخلفاءه حتى أحد الزوجين ما دام الآخر غير راض بنشر السر . (القانون ٩٤ للكاثوليك) .

٢ ـ إن إلزام هذا الوعد بالنظر إلى الرئيس الكنسي لا يشمل الحالات الآتي بيانها :

آ ـ إذا دهم قداسة الزواج عثار أو إهانة جسيمة من جراء حفظ السر.

ب ـ إذا لم يعن الوالدان بتعميد البنين المولودين من هذا الزواج ، أو إذا عنيا بتعميدهم مستعيرين لهما أسماء كاذبة دون إشعار الرئيس الكنسي في غضون ثلاثين يوماً بولادة البنين وتعميدهم مع ذكر أسماء الوالدين الصحيحة .

ج ـ إذا أهمل الوالدان تربية البنين تربية مسيحية . (القانون ٩٥ كاثوليك)

٣ ـ لا يدون الزواج المعقود سراً في السجل العادي المختص بالزواج والعماد بل في سجل خاص يجب حفظه في خزانة الأوراق السرية .

زمان الزواج ومكانه :

١٩٨ ـ جاء في القانون ٩٧ من نظام سر الزواج للكنيسة الشرقية ما يلي :

بند ١ : يمكن إبرام عقد الزواج في كل وقت من السنة مع مراعاة مرسوم البند ٢

بند ٢ : يحظر وفقاً للحق الخاص ابرام عقد الزواج نفسه أو يحظر فقط الاحتفال به وذلك في الزمن المقدس لميلاد الرب وفي الصوم الكبير وفي الأوقات الأخرى المعينة في الحق الخاص .

بند ٣ : يستطيع الرؤساء الكنسيون المحليون لسبب عادل أن يأذنوا بإبرام عقد الزواج أو الاحتفال ببركته في الزمن المحرم على أن ينبهوا العروسين إلى الامتناع عن مظاهر الأبهة .

وتنص القوانين الكنسية عامة إلى أنه لا يجوز عقد الزواج إلا في الكنيسة على أنه يمكن أن يعقد في البيوت بأذن خاص من الرؤساء الكنسيين بسبب عادل وصوابي ، ويمنع أن يعقد الزواج في معابد المدارس الاكليركية أو الراهبات إلا لضرورة محرجة وبعد أخذ الحيطة المناسبة .

أركان عقد الزواج وشرائطه
عند اليهود

١ - أركان العقد :

١٩٩ - للعقد عند اليهود ثلاثة أركان وهي :

آ - تسمية المرأة على الرجل وتقديسها عليه بقبولها ولو بخاتم يعطيه إليها يداً بيد بحضرة شاهدين شرعيين قائلاً لها بالعبرية : تقدست لي زوجة بهذا الخاتم أو بكذا إن كان شيئاً آخر .

ب - العقد شرعياً مكتوباً

ج - الصلاة الدينية - صلاة البركة - بحضرة عشرة رجال على الأقل .

والزوجة بلا تقديس لا تعد زوجة شرعاً . وهذا ما نصت عليه المادتان ٥٦ - ٥٩ من كتاب أحكام الموسويين .

ولدى اليهود يجوز أعمال الركن الأول وهو ركن التقديس وإرجاء الركنين الآخرين فإذا جرى التقديس ارتبطت المرأة بالرجل شرعاً فلا تحل لغيره إلا بالوفاة أو الطلاق ، إلا أنه ليس للرجل الدخول على زوجته حتى يستكمل بقية الأركان . وكذلك فلا يحق له الإقامة معها ، وعقد الزواج يعرف بالعبرية بكلمة « كتوباه » ويجب أن يشتمل على ذكر المهر وحقوق وواجبات الزواج الشرعية وما يشترطه الزوجان على بعضهما

مما لا يخالف الأصول والشرع . وما يكون أخذه الزوج من الزوجه وما يجب عليه لها من مؤجل الصداق . وتحفظ الزوجة عقد زواجها عند نفسها أو عند من شاءت من أهلها وإذا فقد وجب تحرير عقد آخر فوراً وإلا كانت إقامة الرجل معها غير شرعية . واتفقت الرئاسات الدينية في مصر على أن التقديس فيه إذا كان في غير وقت عقد الزواج ولم يكن بواسطة مأذون شرعي عد لاغياً (م ٦٥ أحكام موسويين) .

٢ ـ شروط الصحة :

٢٠٠ ـ للعقد عند اليهود ثلاثة شروط وهي :

آ ـ وحدة الدين والمذهب ، فقد جاء في المواد ١٧ - ١٨ - ١٩ من أحكام الموسويين أن الدين والمذهب شرط لصحة العقد ، فإذا كان أحد الإثنين من غير الدين أو من مذهب آخر فلا يجوز العقد بينهما ، ويصح أن يعقد بين اثنين كان أحدهما أجنبياً ثم اعتنق الدين أو المذهب اعتناقاً شرعياً ، وإذا ارتد إسرائيلي ثم تزوج شرعاً بإسرائيلية صح العقد ، كذلك إذا ارتدت الاسرائيلية ثم تزوجت بإسرائيلي .

ب ـ عدم وجود قرابة تحريم أو مانع شرعي كالعدة أو الزوجية . فلا يجوز العقد على امرأة غير خالية أو غير ثابت طلاقها شرعياً أو وفاة زوجها . والمتوفى زوجها إذا لم يترك أولاداً وكان له شقيق أو أخ لأبيه عدت له زوجة شرعاً ولا تحل لغيره ما دام حياً إلا إذا تبرأ منها ، وأن التبرؤ من زوجة الأخ المتوفى له طريقة خاصة منصوص عليها في سفر التثنية ـ الإصحاح ٢٥ .

ولا يجوز العقد على المحرمات من النساء الأقارب وهو ما سنبحثه مفصلاً في بحث المحرمات كما لا يجوز العقد على المرأة قبل انقضاء عدتها وهي ٩٢ يوماً للمطلقة والأرملة ، ووضع الحمل للحامل ، وسنتان لأم الرضيع إذا بقي حياً . (م ٤٩ - ٥٠ من أحكام الموسويين)

ح - عدم وجود مانع صحي واعتبرت المادة ٤٧ من أحكام الموسويين أن الجنون المطبق في أحد الزوجين مانع يبطل الزواج . وبعد إتمام عقد الزواج يجب على الزوج أن يعتزل العمل سبعة أيام اعتباراً من يوم زواجه ولو لم يكن أول زواج له متى كانت الزوجة بكراً وثلاثة أيام إذا كانت ثيباً وإذا كانت أول زوجة فسبعة (م ٥٣ أحكام موسويين)

الزواج المحرم :

٢٠١ - ١ - يحرم التزوج بمن كان مرضوض الخصيتين أو مخصيها كلتيهما أو إحداهما أو مجبوب الإحليل (م ٤٥ أحكام موسويين) .

٢ - يحرم على الكاهن التزوج بالمطلقة منه أو من غيره ، وبالزانية ، فإذا تزوج أجبر على الطلاق ، وإذا أعقب كان النسل خارجاً عن الكهنوت والمرأة من هذا النسل لا تحل الكاهن (م ٤٦ أحكام موسويين).

أيام الزواج :

٢٠٢ - إن جميع الأيام مسموح فيها الزواج ما عدا الأيام التالية :

١ - أيام السبوت

٢ - أيام الأعياد المنهي عن العمل فيها سواء أوائلها أو أواخرها أو أواسطها .

٣ ـ التسعة أيام الأولى من آب .

٤ ـ الأربع والعشرون يوماً التالية لعيد الفصح

وفي الأيام موضوع الفقرتين ٣ - ٤ يجوز فيها التقديس إذا كان هناك ضرورة إلا أنه لا يجوز فيها الدخول .

٥ ـ أيام الحداد وهي ثلاثون يوماً .

الزواج المكروه :

٢٠٣ ـ يكره للاسرائيلي أن يتزوج امرأة دون أن يراها ، وكذلك يكره زواج الشيخ بصبية ، وزواج العجوز بصبي . (م ٢٠ - ٢١ من أحكام الموسويين) .

الشّروط في عقد الزّواج

١ ـ عند المسلمين :

٢٠٤ ـ إذا تم عقد الزواج صحيحاً نافذاً أنتج أحكاماً معينة حددها الشارع وإن لم يتفق عليها العاقدان أثناء العقد ، وهذا أمر متفق عليه بين الفقهاء .

واختلف الفقهاء في حق أي من المتعاقدين للتأثير في تلك الأحكام زيادة أو نقصاناً أو تعديلاً أو تغييراً عن طريق الاشتراط أثناء العقد شرطاً لمصلحته ، كأن تشترط المرأة على زوجها ألا يسافر بها ، أو ألا يتزوج عليها ، وكأن يشترط الرجل على امرأته إن كانت موظفة أن تعطيه راتبها مثلاً ، أو أن تترك الوظيفة .

فذهبت الظاهرية إلى منع كل شرط لم يرد نص شرعي بإثباته أخذاً من قوله عليه الصلاة والسلام « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل » (البخاري) .

وذهبت الحنابلة إلى إجازة كل شرط لم يرد نص شرعي على منعه ، أخذاً من قوله عليه الصلاة والسلام « المسلمون عند شروطهم ، إلا شرطاً أحل حراماً ، أو حرم حلالاً » (الترمذي)

وأجاز الأحناف والشافعية وأكثر المالكية الشروط الموافقة لمقتضى

العقد ، كشرط تقديم ضمان للمهر أو النفقة . ومقتضى العقد يعني « الأحكام الأساسية التي رتبها الشارع لهذا العقد »

أنواع الشروط الزوجية :

الشروط الزوجية ثلاثة أنواع .

آ ـ شروط مشروعة

ب ـ شروط غير مشروعة

حـ ـ شروط مباحة

الشروط المشروعة :

٢٠٥ ـ وهي الشروط التي ورد الأمر الشرعي بإثباتها . كأن تشترط المرأة على زوجها أن يسكنها في مسكن لائق كأمثاله ، وأن يعاملها بالمعروف ، أو يسرحها بإحسان وذلك ما أمر الله به ، قال تعالى (فإمساكٌ بمعروفٍ أوْ تسريحٌ بإحسانٍ (بقرة ٢٢٩) وقال جل شأنه « أسْكِنوهُنَّ منْ حيْثُ سَكَنْتُمْ » (طلاق ٦) .

ب ـ الشروط غير المشروعة :

٢٠٦ ـ وهي الشروط التي ورد الأمر الشرعي بمنعها ، كأن تشترط المرأة على الرجل أن يطلق ضرتها . لمخالفة ذلك قوله عليه الصلاة والسلام « لا تسأل المرأة طلاق اختها لتكفأ ما في انائها » (متفق عليه) .

أو أن تشترط أو يشترط عدم التوريث بينهما مع اتحاد الدين أو التوارث مع اختلاف الدين لمخالفة ذلك النصوص الشرعية الصريحة .

جـ - الشروط المباحة :

٢٠٧ - وهي الشروط التي لم يرد فيهـا أمر أو منع كأن تشترط المرأة على زوجها ألا يسافر بها إذا أراد السفر أو ألاّ يخرجها من دارها أو ألاّ يتزوج عليها ، وهذه الشروط المباحة هي التي اختلف فيها الفقهاء واختلفوا في درجة تأثيرها على صحة العقد .

اختلاف الفقهاء في الشروط المباحة :

٢٠٨ - من المعروف أن أوسع المـذاهب الفقهية في حرية الشروط العقدية هو المذهب الحنبلي ، وقد سوغ فقهاؤه للزوجين أن يشترطـا على بعضهما ما يشاءان في عقد الزواج من الحقوق والمصـــالح والأحوال التي لاتنافي موضوع الزواج ونظامه الشرعي ، وكل شرط صحيح يشرطه أحد الزوجين ولم يحققه الزوج الآخر يسوغ للأول فسخ النكاح ، ولم يمنـــع الحنابلة من الشروط في النكاح إلا ما منعه الشارع بنص خاص ، أو ماينقص من الحقوق والواجبات التي تعـد من النظام الشرعي في النكاح . كما لو اشترط توقيت النكاح ، أو عدم المهر ، أو عدم النفقة الزوجية ، أو عدم الاستمتاع الزوجي ونحو ذلك ، ويستند الحنـابلة في ذلك إلى قوله عليـه الصلاة والسلام : « أحق الشروط أن يوفى به مـا استحللتم به الفروج » (بخاري ومسلم) .

فالحديث لم يفرق بين شروط المهر المالية وبين غيرها من الشروط في المصالح الزوجية المشروعة التي تتعلق بها ارادتها ، بل اعتـبر الشروط في النكاح أحق بالتمسك بها من غيرها من الشروط . ويستند الحنـابلة أيضاً

في هذا المجال إلى ما رواه الإمام البخاري في صحيحه من قضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه : أن رجلاً تزوج امرأة وشرط لها السكنى في دارها ثم أراد نقلها ، فتقاضيا الى عمر رضي الله عنه ، فقال : لها شرطها ، فقال الرجل : إذن يطلقننا فأجابه عمر : مقاطع الحقوق عند الشروط ولك ما شرطت [1]

٢ ـ عند النصارى :

٢٠٩ ـ لم يعرف النصارى الشروط العقدية في الزواج كما عرفها المسلمون ، وقد جاء في القانون ٨٣ من نظام سر الزواج للكاثوليك أنه لا يمكن عقد الزواج بشرط . وقد يرجع ذلك إلى ميل معظم الشرائع النصرانية إلى فكرة الحد من الطلاق وانهاء الحياة الزوجية . وقد عرفت بعض المذاهب النصرانية الشروط المالية شريطة ألا تخالف النظام الكنسي وهذا ما نصت عليه المادتان ٣٩ ـ ٤٠ من قانون الأحوال الشخصية للسريان الأرثوذكس حيث جاء فيها ما يلي :

م ٣٩ : لكل من الزوجين أن يستقل بثروته الخاصة ويتصرف بها ، إلا إذا اتفقا على غير ذلك عند عقد الزواج ، أو بعقد مستقل ، على أن لايتعارض مع النظام الكنسي العام وإلا عد باطلاً .

م ٤٠ : لايجوز لأحد الزوجين بعد عقد الزواج أن ينفرد في تبديل ما تم بينهما من اتفاق .

---

(١) المدخل الفقهي العام ص ٣٥١

٣ - عند اليهود :

٢١٠ - لم يعرف اليهود الشروط الزوجية الخاصة ويرجع ذلك إلى ادخالهم جميع الشروط المشروعة ضمن حكم عقد الزواج ، فاذا عجز الرجل عن الوفاء بما لزوجته من الحقوق في عقدها وكان الطلاق جائزاً شرعاً فللسلطة الشرعية أن تقضي بالطلاق ، وأجاز القانون للرجل أن يزيد بعد الزواج على ما لزوجته في العقد من حقوق ، إلا انه لم يجز له أن ينقص منها . (١٤٤م أحكام موسوين) .

تأثير الشروط في عقد الزواج لدى المسلمين :

الشروط العقدية من ناحية تأثيرها في عقد الزواج نوعان :

١ - شروط لاتؤثر في صحة العقد .

٢ - شروط تبطل العقد .

أ - الشروط التي لاتؤثر في صحة العقد :

وهي نوعان أيضاً :

آ - شروط صحيحة .

ب - شروط باطلة .

آ - الشروط الصحيحة :

٢١١ - الشروط الصحيحة على مذهب الجمهور هي الشروط المتفقة ومقتضى العقد ، كاشتراط ضمان المهر أو المسكن اللائق أو تعجيل كل المهر ، وأجاز الأحناف للمرأة أن تشترط على الرجل أن يكون أمرها بيدها .

وعند الإمام احمد : الشروط الصحيحة هي الشروط التي لم يقم دليل من النصوص على بطلانها ، ويعني أنها هي الشروط المباحة .

والشروط الصحيحة جائزة مع العقد ولا تؤثر في صحته ويجب الوفاء بها شرعاً لقوله عليه الصلاة والسلام : المسلمون عند شروطهم . فإن لم يف الزوج بشرطها كان لها فسخ النكاح ، وقد أجاز بعض الحنابلة للمرأة أن تشترط طلاق ضرتها .

٢١٢ ـ وقد أخذ القانون بالمذهب الحنبلي من ناحية التوسع في جواز الشروط إلا أنه قسم الشروط إلى قسمين :

١ ـ قسم يلزم الزوج بالوفاء بها وهي الشروط التي يكون للمرأة فيها مصلحة مشروعة ولا تمس حق غيرها ولا تقيد حرية الزوج في أعماله الخاصة .

٢ ـ قسم لا يجب الوفاء بها وهي الشروط التي تمس حقوق الغير أو تقيد الزوج في أعماله الخاصة كأن تشترط عليه طلاق ضرتها أو عدم التزوج عليها أو ترك عمله الوظيفي .

فإذا لم يف الزوج بشروطها كان لها الفسخ في الحالتين . مع أن القانون لم ينص صراحة على اعطائها حق الفسخ في الحالة الأولى ، إلا أن هذا الحق مقرر للمرأة في المذهب الحنبلي الذي استقى منه القانون جواز التوسع في الشروط العقدية ، كما أن اعطاء القانون للمرأة حق الفسخ في حالة عدم وفاء الزوج في الشروط غير الملزمة يجعل لها من باب أولى هذا الحق عند عدم وفائه بالشروط الملزمة .

وهذا واضح من سياق النص القانوني الذي جاء فيه ما يلي :

م ١٤ ف ٢ : وإذا تقيد (أي عقد الزواج) بشرط يلتزم فيه

للمرأة مصلحة غير محظورة شرعاً ولا تمس حقوق غيرها ، ولا تقيد حرية الزوج في أعماله الخاصة المشروعة كان الشرط صحيحاً ملزماً .

ف ٣ : وإذا اشترطت المرأة في عقد النكاح ما يقيد حرية الزوج في أعماله الخاصة أو يمس حقوق غيرها كان الاشتراط صحيحاً ولكنه ليس بملزم للزوج ، فإذا لم يف الزوج به فللزوجة المشترطة طلب فسخ النكاح ، ولم ينص القانون على الشروط التي تلتزم بها المرأة لزوجها عند العقد ، كأن تلتزم بأن تعطيه راتبها إن كانت موظفة ، أو أن تترك الوظيفة وتتفرغ لتربية الأولاد ، وهذا قصور من القانون يجب تداركه ، لأن السكوت عنه يلزمنا الرجوع إلى أحكام المذهب الحنفي عملاً بأحكام المادة ٣٠٥ أحوال ، مع أن الواجب يقتضي الرجوع إلى المذهب الحنبلي على أساس أن المذهب الحنبلي هو المصدر الذي اعتمده مشرع القانون لاباحة الشروط العقدية في الزواج .

٢١٣ – وفي مصر عندما اقترح الأخذ بمذهب الإمام احمد من ناحية الشروط العقدية في مشروع قانون عام ١٩٢٦ نصت المذكرة التفسيرية بأنها قصرت ما أخذت على المرأة دون الرجل ، لأن الرجل يمكنه التخلص من عقدة النكاح متى أراد [١]

وهذا في رأينا من الاخطاء التي ارتكبها واضعوا القانون ، وخاصة فإن لجوء الرجل إلى التخلص من عقدة النكاح بالطلاق يكلفه أعباء مادية كبيرة كان من العدل والواجب أن تتحملها الزوجة لاخلالها بما ارتضت

---

(١) الاحوال الشخصية لأبي زهرة ص ١٦٨

به من شروط ، وكان الأولى أن يعطي القانون للرجل حق الفسخ مع الرجوع بالمهر أو بقسم منه عند اخلال الزوجة بشروطها .

ب - الشروط الباطلة :

٢١٤ - وهي الشروط التي تنافي مقاصد العقد الشرعية ، كاشتراط عدم المهر ، أو التزام ما هو محظور شرعاً كأن تسافر الزوجة وحدها دون محرم .

وقد اتفق الفقهاء جميعاً على أن هذه الشروط باطلة ولا يجب الوفاء بها ولا تؤثر في صحة العقد ، فيلغوا الشرط ويبقى العقد وتنفذ أحكامه .

فإذا اشترط الرجل على المرأة عدم المهر وقبلت بذلك ، صح العقد وبطل الشرط والزم الزوج بمهر المثل وفق مقتضى العقد الشرعي ، وإذا اشترطت عليه أن تسافر وحدها مثلاً كان له منعها ، فإن أصرت كان له طلب التفريق بسبب الاساءة اليه ولا تحتج عليه بشرطه .

وقد نصت المادة ١٤ من القانون على ما يلي :

م ١٤ - ف ١ : إذا قيد عقد الزواج بشرط ينافي نظامه الشرعي أو ينافي مقاصده ويلتزم فيه ما هو محظور شرعاً ، كان الشرط باطلاً والعقد صحيحاً .

٢ - الشروط التي تبطل العقد :

٢١٥ - وهي شروط باطلة في الأساس إلا أنها تختلف عن الشروط الباطلة الأخرى التي لاتؤثر في صحة العقد . وموضوع الاختلاف . أن الشروط التي تبطل العقد هي الشروط التي تغير من نظامه وتفسد صيغته

فتجعلها غير صالحة لانشاء العقد بالشكل الشرعي المنتج لاثارة الشرعية المقررة . كاشتراط تأقيت النكاح وهو المسمى بزواج المتعة ، فهذا شرط لا ينعقد معه العقد على رأي الجمهور ، وخالفت الشيعة فأجازت الزواج المؤقت ، ولم يتعرض القانون لابطال هذه العقود بالنص الصريح . وقد كان المرحوم قدري باشا في أحكامه قد نص صراحة على هذا البطلان فجاء في المادة ١٣ من أحكامه ما يلي :

م ١٣ : لا ينعقد النكاح المؤقت على الصحيح كنكاح المتعة .

فوات شرط الوصف :

٢١٦ – لو اشترط الرجل على المرأة في عقد الزواج أن تكون بكراً ، أو تكون سالمة من عيوب معينة أو أمراض ثم ظهر بعد النكاح أنها ثيب أو معيبة أو مريضة ، فهل للزوج فسخ العقد ؟ وكذلك لو اشترطت هي على زوجها مثل ذلك فهل لها الخيار لفوات الوصف .

اختلف الفقهاء في ذلك .

فذهب الأحناف إلى أنه لايثبت في النكاح خيار رؤية ولا خيار شرط ولا خيار عيب سواء كان الخيار للزوج أو للزوجة .

فإذا اشترط الزوج في العقد شفاهاً أو بالكتابة جمال المرأة أو بكارتها أو سلامتها من العيوب ، أو اشترطت المرأة سلامته من الأمراض والعاهات فالعقد صحيح والشرط باطل ، حتى إذا وجد أحدهما صاحبه بخلاف ما اشترط فليس له الخيار في فسخ النكاح ، وإنما يكون الخيار بشروطه للمرأة إذا وجدت زوجها عنيناً أو نحوه (م ١٦ قدري باشا) كأن يكون مجبوباً مثلاً .

أما مذهب عمر رضي الله عنه فهو أن النكاح يفسخ لفوات شرط الوصف وقد قال كلمته المشهورة « مقاطع الحقوق عند الشروط »[1]

وقد قال الحنابلة بالرأي نفسه فورد عن ابن تيمية قوله : إذا تزوج امرأة على أنها بكر فبانت ثيباً فله الفسخ ، وله أن يطالب بأرش الصداق ، ـ وهو التفاوت ما بين مهر البكر والثيب ـ وإذا فسخ قبل الدخول سقط المهر كله[2]

وفصل الشافعية بين الشرط والظن ، فإن اشترط أحدهما صفة معينة فبان خلافها بطل النكاح ، لأن النكاح يعتمد الصفات ، فتبدلها كتبدل العين وهذا هو أحد قولين في المذهب[3]

وأضاف الشافعية أنه لو ظهر الموصوف خيراً مما شرط ، فلا خيار في الفسخ ، كأن يشترط الثيوبة فتظهر بكراً ، فإن ظهر دونه ثبت الخيار .

أما إذا لم يشترط أحدهما صفة معينة في الآخر وانما ظن تلك الصفة كأن يظنها مسلمة فتخرج كتابية ، أو يظنها بكراً فتخرج ثيباً ، ففي هذه الحالة لاخيار له لتقصيره في البحث أو في الشرط[4]

وهذا كله شريطة ألاّ يكون أحدهما قد رضي في العيب بعد ظهوره ، فإن رضي فليس له بعد الرضا خيار الفسخ .

وعند الحنابلة إذا رضي بعيب ثم حدث عيب آخر من غير جنسه فله

---

(١) شرح قانون الاحوال لخروفة ج ١ ص ١٦٦
(٢) فقه السنة ج ٦ ص ١٣٨
(٣) نهاية المحتاج للرملي ج ٦ ص ٢١٠
(٤) نهاية المحتاج للرملي ج ٦ ص ٢١١

الخيار ، ومن فسخ لعيب فبان عدمه فالنكاح باق بحالة ، ولا يصح الفسخ إلا عند الحاكم ، وإن فسخ قبل الدخول فلا مهر ، وإن فسخ بعد الدخول فلها المهر المسمى ويرجع به على المغرور ، فإن كان المغرور وكيلاً أو ولياً ضمن المهر [1] وإن كانت هي الغارة سقط كل المهر ورجع عليها به إن كانت قبضته [2] .

وذهب ابن حزم إلى أن الزوج إذا اشترط السلامة من العيوب فوجد أي عيب كان ، فالنكاح باطل من أصله غير منعقد ، ولا خيار له فيه ، ولا اجازه ، ولا نفقة ، ولا ميراث [3] .

ومن المؤسف أن يسكت القانون عن هذا الأمر الحيوي الهام مما يوجب الرجوع إلى القول الارجح في المذهب الحنفي [مع ما فيه من بعد عن القياس ومجافاة لقواعد الشريعة ومقاصدها في هذا المجال] . وكان الأولى لو عدل في ذلك إلى رأى الحنابلة والشافعية لكونه أكثر انسجاماً مع روح الشريعة الغراء ومنطق الأمور .

وهذا مافعله المشرع التونسي فقد جاء في الفصل الحادي عشر من مجلة الأحوال الشخصية التونسية ما يلي :

فصل ١١ : يثبت في الزواج خيار الشرط ، ويترتب على عدم وجوده أو على مخالفته امكان طلب الفسخ بطلاق من غير أن يترتب على الفسخ أي غرم إذا كان الطلاق قبل البناء .

ويعتبر هذا النص أفضل ما ورد في قوانين البلاد العربية من نصوص

---

(١) غاية المنتهى ج ٣ ص ٤٩
(٢) فقه السنة ج ٣ ص ١٤٦
(٣) فقه السنة ج ٣ ص ١٤٩

تتعلق في الشروط العقدية . وخاصة فانه بالاضافة إلى اثبات حق خيار الشرط ، لم يفرق كما فعل القانون السوري ومن بعده القانون العراقي والأردني بين التزامات الزوج والتزامات الزوجة .

إذ أن تلك القوانين اعطت الزوجة فقط حق طلب الفسخ إذا لم يف لها الزوج بشروطها . (م ٢١ حقوق عائلة أردني و م ١٤ أحوال سوري و م ٦ ف ٣ - ٤ عراقي) .



العيوب الجنسية والمرضية في الأزواج

٢١٧ — الأصل في الانسان السلامة من العيوب وإن لم يتعود الناس اشتراط مثل تلك السلامة عند الزواج . ولذلك يمكن اعتبارها ملحوظة عند الاتفاق على الزواج ولو لم يجر بها شرط ، وقد نص القانون في البند ج من الفقرة الأولى من المادة ٤٠ على أن من وثائق الزواج شهادة من طبيب يختاره الطرفان بخلوهما من الأمراض السارية ومن الموانع الصحية للزواج ، وأجازت الفقرة نفسها للقاضي التثبت من ذلك بواسطة طبيب يختاره ، وهذا يعني أن السلامة من العيوب الجنسية والأمراض أصبحت وفق نص القانون شرطاً من شروط إجراء العقد . فإذا لم يتوفر هذا الشرط امتنع القاضي عن اجراء العقد ولو رضي به الطرفان .

إلا أن القانون نص في الفقرة الثانية من المادة ٤٠ نفسها على أنه يتوجب على القاضي تثبيت الزواج بدون استكمال الوثائق التي نصت عليها الفقرة الأولى من المادة المذكورة ومنها الشهادة الطبية في حالات خاصة . وهذا يعني أنه قد يحدث أحياناً الزواج خارج المحكمة دون التثبت من اللياقة الصحية للزوجين ومن ثم يكتشف أحدهما في الآخر عيباً أو مرضاً ما كان ليرضى بالزواج لو علم بهذا العيب أو المرض قبل العقد .

ولم ينص القانون إلا على نوع معين من العيوب يمكن للمرأة فيها طلب

التفريق وهي إذا وجدت في زوجها احدى العلل المانعة للدخول بشرط سلامتها هي منها ، وإذا جن الزوج بعد العقد (م ١٠٥ أحوال) . وقد أدرجها المشرع في أحكام التفريق للعلل مما يوجب الرجوع إلى المذهب الحنفي بالنسبة لمعرفة تلك العلل وأحكامها ، وهذا أيضاً قصور في القانون يتوجب تداركه ، لأن المذهب الحنفي ضيق جداً في هذا المجال ، ويوجد لدى المذاهب الأخرى من الأحكام ما هو أكثر اتفاقاً مع العدالة ومقاصد الشريعة مما ورد في المذهب الحنفي .

٢١٨ — وقد اشترط قانون الأحوال الشخصية للطائفة الأرمنية الأرثوذكسية في سوريا في المادة ١٧ على الرجل والمرأة أن يثبتا بتقرير طبي أنهما سالمان من الأمراض التي تعتبر مانعاً طبياً للزواج وانهما حائزان على المؤهلات الضرورية للاقتران الجنسي الطبيعي .

وحيث أنه لايجوز عند النصارى عقد الزواج خارجاً عن نطاق الكنيسة فإن تحقق شرط اللياقة الصحية يكون مضموناً أكثر مما هو عليه في قانون الأحوال الشخصية للمسلمين .

أنواع العيوب :

العيوب نوعان : عيوب جنسية وعيوب غير جنسية .

١ - العيوب الجنسية :

٢١٩ — من العيوب الجنسية ما يكون بالرجل وحده كالعنة وهي ارتخاء العضو التناسلي **والجبة** وهي قطع العضو التناسلي . **والاخصاء** وهو استئصال الخصيتين . ومنها ما يكون بالمرأة وحدها : كالقرن وهو نتوء لحمي في الفرج يمنع الدخول ، **والفتق** وهو امزاق ما بين السبيلين ، والعفل

وهو وجود البخر أو القروح السائلة في الجهـاز التناسلي [1] والرتق وهو انسداد الفرج .

ومنها ما هو مشترك بين الرجل والمرأة كالعقم .

٢ ـ **العيوب غير الجنسية** :

٢٢٠ — وهي عبارة عن أمراض يصاب بها الطرفان ، منها أمراض معدية كالجذام والسل ومنها أمراض منفرة كالبرص والقروح الجلدية ، ومنها أمراض عادية ليست بمعدية ولا منفرة ولكنها قد تؤثر في الحياة الزوجية وتسبب الشقاء بين الزوجين . كأن يصاب أحد الزوجين بمرض يمنعه عن القيام بواجباته الزوجية على الشكل الأكمل . أو يعيقه عن النسل وتربية الأولاد مما يتنافى مع مقاصد الزواج الشرعية كأمراض القلب والكبد والسكري وفقر الدم إلى غير ذلك من الأمراض ، أو أن يطرأ طارىء على عقل أحد الزوجين فيصيبه بالعته أو الجنون .

أحكام العيوب الجنسية والمرضية :

٢٢١ — ذهب الفقهاء المسلمون مذاهب شتى من ناحية العيوب الجنسية والمرضية في الأزواج .

فقالت الظاهرية : إن الزواج لايفسخ بالعيوب مهما كان نوعها لعـدم وجود النص على جواز ذلك ، وإن ما نقل عنه عليه الصلاة والسلام أنـه قال لامرأة تزوجها بعد أن وجد بها عيباً « الحقي بأهلك » هو طـلاق وليس بفسخ [2]

---

(١) غاية المنتهى ج ٣ ص ٤٧
(٢) فقه السنة ج ٦ ص ١٤٠

أما جمهور الفقهاء فقالوا : إن الزواج يفسخ ببعض العيوب دون البعض الآخر .

فقال الأحناف : يفسخ الزواج بالجب والعنة بالرجل .

وقال مالك والشافعي : يفسخ الزواج بالجنون والبرص والجذام وداء الفرج الذي يمنع الوطء كالقرن والرتق في المرأة أو عنة في الرجل أو خصاء[1] .

وزاد أحمد على الأئمة الثلاثة الفتق في المرأة وهو انخراق ما بين السبيلين .

واتفق القائلون بالفسخ على أن الزوج إذا علم بالعيب قبل الدخول طلق ولا شيء عليه واختلفوا فيما إذا علم بعد الدخول والمس .

فقال مالك : إن كان وليها الذي زوجها ممن يظن به لقربه منها أنه عالم بالعيب مثل الأب والأخ فهو غار يرجع عليه الزوج بالصداق ولا يرجع على المرأة بشيء ، وان كان بعيداً رجع الزوج على المرأة بالصداق كله إلا ربع دينار فقط .

وقال الشافعي : إن دخل لزمه الصداق كله بالمسيس ولا رجوع له عليها ولا على ولي[2] .

وقال الحنابلة : إن دخل لها المهر المسمى ويرجع به على من غره ، أما لو كان العيب بالرجل ودخل بها فلها كل المهر .

٢٢٣ ــ وعند النصارى : يكون الزواج باطلاً من تلقاء نفسه إذا كان في أحد الزوجين نقص طبيعي يمنع الزواج وهو في المرأة انسداد القبل وامتناع الحيض أو علة الرحم ، إذا لم يتمكن الرجل من الجماع وامتنع طبياً إزالة المانع بعد انتظار الرجل سنة كاملة ، وفي الرجل

---

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٥٠
(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٥١

العنة والقطع والإخصاء ، إذا انتظرت المرأة سنة كاملة ولم يعد الرجل إلى حالته الطبيعية وذلك بشهادة أطباء اختصاصيين (م ٢٣ ف ٤ من أحوال السريان الأرثوذكس) .

وقد اشترط الإنجيليون لعقد الزواج في المادة ٢٣ من قانونهم أن يكون المتعاقدان عاقلين مستكملي القوى التي تمكنها من اتمام الاقتران الطبيعي وأن يكونا سالمين من الأمراض التناسلية ومن داء السل ومن الأمراض العقلية الغير قابلة للشفاء ويدخل في الأمراض العقليـة التعرض للأمراض العقلية بالوراثة بالذات أو في النسل . ويبطل الزواج إذا ثبت أن أحد الزوجين لم يكن عاقلاً عند العقد أوثبت أنه لم يتم فيه الاقتران الجنسي ولم يستطع الأطباء الأخصائيون الجزم في إمكانية اتمام هـــذا الاقتران بعد سنة من المعالجة

٢٢٣ – وعند اليهود : يحرم التزوج بمن كان مرضوض الخصيتين أو مخصيها كلتيها أو إحداهمـا أو مجبوب الإحليل . (م ٤٥) . والجنون المطبق في احد الاثنين مانع من الزواج وإلا كان الزواج باطلاً (م ٤٧). وكل زيادة أو نقص أو تلف أو فساد أو رائحة كريهة في المرأة هو عيب شرعي (م ١٦٠) يبرر الطلاق ومما تجدر الإشارة اليه أن قانون الأحوال الشخصية السوري قد أباح للقاضي أن يأذن بزواج المجنون والمعتوه إذا ثبت بتقرير هيئة من أطباء الأمراض العقلية أن زواجه يفيد في شفائه (ف ٢ من م ١٥)

وعند النصارى واليهود يعتبر هذا الزواج ممنوعاً منعاً باتاً . وإذا جن بعد الزواج فللآخر طلب الفسخ .

الرأي الصائب في العيوب الجنسية والمرضية :

٢٢٤ ــ جاء في فقه السنة [1] أن كلًا من آراء الفقهاء المتقدمة غير جديرة بالاعتبار ، وأن الحياة الزوجية التي بنيت على السكن والمودة والرحمة لا يمكن أن تتحقق وتستقر ما دام هناك شيء من العيوب والأمراض ينفر أحد الزوجين من الآخر . لأن العيوب والأمراض المنفرة لا يتحقق معها المقصود من النكاح .

ولهذا أذن الشارع بتخيير أحد الزوجين في قبول الزواج أو رفضه ، وللإمام ابن القيم تحقيق جدير بالنظر في هذا المجال : قال : العمى والخرس والطرش وكونها مقطوعة اليدين أو الرجلين أو أحدهما ، أو كون الرجل كذلك ، من أعظم المنفرات ، والسكوت عنه أقبح التدليس ، والغش مناف للدين ، وقال أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه لمن تزوج امرأة وهو لا يولد له : أخبرها أنك عقيم وخيرها ، فماذا يقول رضي الله عنه في العيوب التي يعتبر العقم عندها كمال لا نقص .

والقياس على ذلك : أن كل عيب ينفر الزوج من الآخر ولا يحصل به مقصود النكاح من المودة والرحمة وانجاب النسل وتربية الأولاد يوجب الخيار .

ومن تدبر مقاصد الشرع في مصادره وموارده ، وعدله وحكمته ، وما اشتمل عليه من المصالح لم يخف عليه رجحان هذا القول وقربه من قواعد الشريعة ، وقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : أيما امرأة

(١) فقه السنة ج ٦ ص ١٤٠ ــ ١٤٥

تزوجت وبها جنون أو جذام أو برص فدخل بها ثم اطلع على ذلك فلها مهرها بمسيسه إياها ، وعلى الولي الصداق بما دلس كما غره .

وقد عدد عمر رضي الله عنه تلك العيوب على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر .

ويروى أنه اختصم رجلان إلى شريح القاضي فقال أحدهما : إن هذا قال لي أنا أزوجك أحسن الناس فجاءني بإمرأة عمياء.

فقال شريح : إن كان دلس عليك بعيب لم يجز .

وقال الزهري : يرد النكاح من كل داء عضال .

ومن كل ما تقدم يمكن أن نخرج بالرأي التالي :

« إن كل عيب أو مرض يظهر في أحد الزوجين بعد العقد يؤثر في الحياة الزوجية ويتنافى مع مقاصدها وغاياتها دون أن يكون للطرف الآخر علم به ورضاء قبل العقد ، يعطي للطرف الآخر المغرور به حق الفسخ ، لأن الأصل هو السلامة من العيوب ، ويتحمل الزوج إن كان مدلساً المهر كله بعد الدخول ونصفه قبل الدخول ، وإن كانت الزوجة هي المدلسة فلا شيء لها من المهر سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده .

وقد كان من الواجب أن ينص القانون على ذلك .

العقم :

٢٢٥ — يعتبر العقم عيباً من عيوب الزواج ولذلك رأينا أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال لرجل تزوح امرأة وهو لا يولد له : أخبرها أنك عقيم وخيرها . لأنه إن لم يخيرها كان مدلساً وكان لها طلب الفسخ. وإن كان لا يعلم ثم ثبت عقمه فللزوجة طلب التفريق القضائي . لأن

العقم في الرجل من الأسباب التي تؤدي إلى استحالة الحياة الزوجية السعيدة بين الزوجين ويتنافى مع مقاصد الشريعة .

وإن كان العقم في المرأة كان له طلاقها . وقد كان الاجتهاد في سورية يعتبر عقم الزوجة سبباً مشروعاً لطلاقها لمنافاة العقم لرغبة الزوج في التناسل وحصول الأولاد . وهو من مقاصد الشريعة الإسلامية التي يوفرها عقد الزواج [1] ومن ثم عدلت محكمة النقض السورية عن هذا الاجتهاد وقررت أن عقم الزوجة لا يبرر إيقاع الطلاق عليها ويجعل الطلاق مشروعاً لا تعسفياً ، لأن باستطاعة الزوج أن يتزوج ولوداً ويبقي قرينته الأولى على عصمته [2] .

وإني أرى الاجتهاد الثاني قد ابتعد عن مقاصد الشريعة وتقدير ظروف الحال إذ من العسير على زوج العقيم أن يجد ولوداً ترضى به وتتزوجه مع وجود الضرة . بالإضافة إلى ان زواجه الثاني سيرهق كاهله بأعباء مادية مستمرة قد لا يستطيع تحملها ، ولذلك كان ما ذهبت إليه محكمة النقض في اجتهاداتها السابقة من اعتبار العقم في المرأة سبباً مشروعاً لطلاقها هو الرأي الأقوم والأوفق لمقاصد الشريعة الإسلامية وعدالتها .

٢٢٦ ـ وعند النصارى : العقم لا يبطل الزواج ولا يحرمه (البند ٣ من القانون ٥٨ للكاثوليك) . ولا يبرر طلب الطلاق أو الفسخ . سواء كان العقم من الزوج أو من الزوجة .

٢٢٧ ـ أما عند اليهود فإذا كان العقم من الزوج جاز للزوجة طلب

---

(١) قاعدة ٩٥٦ ـ ٩٥٧ من مجموعة القواعد القانونية السورية للاحوال الشخصية .

(٢) قاعدة ٩٥٨ من مجموعة القواعد القانونية السورية للاحوال الشخصية

الطلاق . ولها مهرها وما دخلت به بلا حرمان ويشترط قبل طلب الطلاق أن يكون مضى على زواجها عشـــر سنين إذا كانت بكراً عند الزواج وخمس إذا كانت ثيباً وأن يكون هدفها من طلب الطلاق إنجاب الأولاد لا الحصول على حقوقها المالية . وعليها أن تقبل الحرمان الشرعي على نفسها بأنها صادقة وحسنة القصد ، أي أن تحلف يميناً على ذلك (المواد ٢١٠ - ٢١١ - ٢١٢ - ٢١٣ من أحكام الموسويين).

أما إذا كان العقم من الزوجة ومضى عشر سنين على الزواج إن كانت بكراً وخمس إن كانت ثيباً وجب على الرجل شرعاً أن يطلقها ولها مالها من الحقوق في العقد ، وللرجل أن يتزوج عليها إذا قبلت وكان ذا ميسرة. ويشترط لمدة العقم أن تمضـــي والزوجان مقيمان معاً لم يمتنع الرجل عن زوجته بإرادته أو بغير إرادته وإلا سقط من المـدة ما يسقط . (المواد ١٦٤ - ١٦٥ من أحكام الموسويين) .

تسجيل عقد الزّواج

٢٢٨ — لم تشترط الشريعة الإسلامية أن يتم عقد الزواج أمام القاضي الشرعي أو أمام السلطة الدينية ـ لأنه لا سلطات لرجال الدين في الإسلام ـ

وعقد الزواج في الإسلام كأي عقد مدني آخر يمكن أن يعقده الطرفان بأنفسهما أمام شاهدين . ولكن هذا الزواج وإن كان صحيحاً من الناحية الشرعية ومنتجاً لجميع آثاره والتزاماته إلا أنه غير قابل للتسجيل في سجلات الأحوال المدنية ما لم يثبت بحكم قضائي ، وقد اعتبر قانون الأحوال المدنية السوري أنه : لايعتبر الزواج والطلاق قانونيين ما لم يسجلا في السجلات المدنية .

ولهذا عرف المسلمون حالياً نوعين من الزواج وهما :

١ — الزواج القضائي الذي يتم رسمياً أمام القاضي الشرعي وبإذن منه.

٢ — الزواج العرفي الذي يتم خارج المحكمة الشرعية بين أطراف العقد .

٢٢٩ — وهذا ما لم تعرفه الديانات الأخرى ، لأن الزواج لدى النصارى واليهود لا يتم إلا بواسطة السلطات الروحية التي تقوم بتسجيله في سجلاتها مباشرة .

ومع أن النصارى لا يوجد لديهم سوى الزواج الرسمي إلا أن هذا

الزواج الرسمي نوعان : الأول زواج علني والثاني زواج سري . وهذا لم تعرفه الشريعتان الإسلامية واليهودية وخاصة فإن الاعلان شرط من شروط صحة الزواج عند المسلمين ، ويتم أمام شاهدين على الأقل . كما أن الصلاة الدينية صلاة البركة عند اليهود والتي هي ركن من أركان الزواج يجب أن تتم بحضرة عشرة رجال على الأقل حتى يتم ركن الاعلان هذا .

الزواج القضائي :

٢٣٠ – إذا أراد الزوجان إجراء عقد زواج رسمي أمام المحكمة الشرعية .

فعلى أحدهما - وغالباً ما يكون الزوج - أن يقدم طلب زواج معفى من كل رسم (م ٤٦ أحوال) إلى قاضي المنطقة مرفقاً بالوثائق التالية :

١ – شهادة من مختار وعرفاء المحلة باسم كل من الخاطب والمخطوبة وسنه ومحل إقامته واسم وليه وأنه لايمنع من هذا الزواج مانع شرعي.

٢ – صورة مصدقة عن قيد نفوس الطرفين وأحوالهما الشخصية .

٣ – شهادة من طبيب يختاره الطرفان بخلوهما من الأمراض السارية ومن الموانع الصحية للزواج . وللقاضي التثبت من ذلك بمعرفة طبيب يختاره.

٤ – رخصة بالزواج للعسكريين ولمن هم في سن الجندية الاجبارية (وتؤخذ الرخصة من شعبة تجنيد المنطقة لمن هم في سن الجندية الاجبارية أو المسرحين من الجيش ، [أما بالنسبة للعاملين بالجيش فتؤخذ من إدارة شؤون الضباط بالنسبة للضباط ومن شعبة التنظيم والادارة بالنسبة لصف الضباط ومن قيادة المنطقة بالنسبة للأفراد] .

٥ - موافقة مديرية الأمن العام إن كان أحد الزوجين أجنبياً .

(ف ١ من المادة ٤٠ أحوال) .

٢٣١ - وبعد أن يتأكد القاضي من صحة هذه الوثائق يأذن باجراء عقد الزواج فوراً وله عند الاشتباه تأخيره مدة عشرة أيام لاعلانه حسب الطريقة التي يختارها ، إما في الصحف ، وإما على لوحة اعلان المحكمة أو بأية طريقة أخرى (م ٤١ أحوال) وهذا الاعلان قد يكون ضرورياً أحياناً كي يطمئن القاضي أن المرأة ليست زوجة لآخر من عقد عرفي أو في عدته ، إلى غير ذلك من الأسباب . ومدة الاذن الشرعي الذي يعطيه القاضي لاجراء عقد الزواج ستة أشهر فإذا لم يجر العقد خلالها يعتبر الاذن ملغى . (م ٤٢) أحوال) .

وللقاضي أو من يأذن له من مساعدي المحكمة اجراء العقد (م ٤٣ أحوال) على أنّ للقاضي أن لا يأذن باجراء العقد إذا وجد فارقاً كبيراً بالسن بين الزوجين (م ١٩ أحوال) أو وجد أن طالب الزواج من ثانية مع وجود زوجته الأولى ليس لديه مورد كاف للانفاق على الزوجتين (م ١٧ أحوال) .

صك الزواج :

٢٣٢ - بعد إجراء عقد الزواج في المحكمة الشرعية يقوم كاتب المحكمة بتنظيم صك الزواج ويسجله في السجل المخصص لذلك ومن ثم يبعث بصورة عنه لدائرة الأحوال المدنية خلال عشرة أيام من تاريخ الزواج ، وتغني هذه الصورة عن أخبار الطرفين دائرة الأحوال المدنية

بالزواج ويكون مساعد المحكمة مسؤولاً عن إهمال إرسال الصورة (م ٤٥ أحوال) .

ويجب أن يشمل صك الزواج على ما يلي :

١ - أسماء الطرفين كاملة وموطن كل منهم .

٢ - وقوع العقد وتاريخه ومكانه .

٣ - أسماء الشهود والوكلاء كاملة وموطن كل منهم .

٤ - مقدار المهر المعجل والمؤجل وهل قبض المعجل أم لا .

٥ - توقيع أصحاب العلاقة والمأذون وتصديق القاضي (م ٤٤ أحوال) .

ويمكن لأي من الزوجين إخراج صورة عن هذا الصك أو خلاصة عن عقد الزواج من السجل المخصص لقاء رسم قانوني .

تسجيل الزواج عند النصارى :

٢٣٣ - يشترط لأجل عقد الزواج عند النصارى رخصة من رئيس كهنة الأبرشية التي يعقد فيها الزواج ، وتصدر هذه الرخصة خطياً من رئيس الكهنة المحلي بناءً على استئذان من كاهن طالبي الزواج على مسؤوليته الخاصة بعد أن يتأكد من أوضاع الزوجين ، وتسجل هذه الرخصة في سجل خاص . ويجب أن يحتوي كتاب الرخصة اسم كل من طالبي الزواج ولقبه وصنعته ومسكنه وسنه والأمر بمباركة الاكليل ، ويبقى الكاهن المأذون بمباركة الاكليل مسؤولاً عن هذا الكتاب ، ومن ثم يقوم الكاهن بمباركة الاكليل في الكنيسة بحضور شاهدين عن الاشبينين ، ومن ثم يعطي الكاهن كلا من الزوجين سنداً بحصول الاكليل يبين فيه تاريخ مباركة

الاكليل وتاريخ الرخصة ونمرتها ومحل صدورها وأسماء العروسين والاشبينين ويمضيه ويختمه مع شاهدين أو أكثر حضروا بركة الاكليل ومن ثم يدون في السجلات الرسمية المخصصة للزواج وترسل نسخة عن ذلك إلى سجلات الأحوال المدنية .

هذا في الزواج العلني .

أما الزواج السري فإنه لا يدون في السجل الرسمي العادي المختص بالزواج والعماد وإنما يدون في سجل خاص يجب حفظه في الديوان في خزانة الأوراق السرية (قانون ٩٦ كاثوليك) ولا يرسل اعلام عنه إلى سجلات الأحوال المدنية .

تسجيل زواج اليهود :

١٣٤ – يجب أن يشمل عقد الزواج عند اليهود ذكر المهر وحقوق وواجبات الزواج الشرعية وما يشترطه الزوجان على بعضهما مما لايخالف الأصول والشرع ، وما يكون أخذه الزوج من الزوجة وما يجب عليه لها من مؤجل الصداق . ويسلم هذا العقد للزوجة التي تحتفظ به عند نفسها أو عند من شاءت من أهلها ، وإذا فقد وجب تحرير عقد آخر فوراً وإلا كانت إقامة الرجل معها غير حلال شرعاً (م ٦٩ أحكام موسويين) .

وإن القانون السوري يلزم السلطة الروحية بارسال نسخة عن هذا العقد إلى سجلات الأحوال المدنية .

تسجيل الزواج في السجلات المدنية :

٢٣٥ – جاء في المادة ٣٩ من قانون الأحوال المدنية السوري مايلي:

م ٣٩ : ترسل السلطة المختصة التي عقدت الزواج أو حكمت بالطلاق إلى أمين السجل المدني في المكان الذي تم فيه العقد أو صدر فيه الحكم

ضمن المدة المنصوص عنها في المادة ٢٢[١] ثلاث نسخ عن عقد الزواج أو الفقرة الحكمية وذلك تحت طائلة غرامة قدرها عشر ليرات ...

وجاء في المادة ٤٠ أن أمين السجل المدني يعمد فور استلامه وثائق الزواج أو الطلاق إلى تدوين مضمونها على قيد الزوجين إذا كانا مدونين في السجل المدني لمنطقته . ويتوجب على الزوجين من غير المسلمين أو أحدهما أن يحضرا بعد عقد الزواج في مهلة تبدأ من ١٠ أيام إلى ٣٠ يوماً بعد العقد إلى مأمور نفوس المكان الذي جرى فيه العقد مصحوبين بشهادة عقد الزواج لأجل تسجيله مع صك الولادة وشهادة تثبت فسخ الزواج السابق في حال وجوده ، وبعد انقضاء المهلة المشار اليها أعلاه لايستطيع مأمور النفوس أن يسجل عقد الزواج إلا بعد صدور حكم من محكمة بداية المكان الذي عقد فيه الزواج ، ولا يعفى هذا الحكم من نفقات المحاكم ومن عقوبة التأخير المنصوص عليها في قانون النفوس .

وتدون على هامش صك ولادة كل من الزوجين خلاصة عقد الزواج فيذكر تاريخ ومكان عقد الزواج وتسجيله واسم وكنية الزوجين كل منهما بالنسبة للآخر .[٢]

---

(١) نصت المادة ٢٢ من قانون الاحوال المدنية على ما يلي : م ٢٢ : تقدم شهادات ووثائق الاحوال المدنية من ولاده وزواج وطلاق ووفاة الى أمين السجل المدني في المنطقة التي حصلت فيها خلال مدة خمسة عشر يوما في مراكز المحافظات وثلاثين يوما خارجها من تاريخ حدوثها، وبعد مضي هذه المدة لا يمكن قيدها الا بمقتضى قرار يصدر عن قاضي صلح المنطقة التي حصلت فيها الواقعة .
يجب على الاجانب تقديم الشهادات والوثائق المفروضة على المواطنين الى أمين السجل المدني ضمن المهلة المبينة أعلاه .

(٢) الاحوال الشخصية لغير المسلمين ص ٦١

٢ ـ الزواج العرفي :

٢٣٦ ـ لا يوجد هذا الزواج إلا لدى المسلمين ، وهو كما رأينا سابقاً يعقد خارج المحكمة الشرعية ، ويكفي لعقده توافق إرادة الطرفين بالايجاب والقبول أمام شاهدين ، وغالباً ما يلجأ الزوجان إلى هذا الزواج إذا كان هناك عائق يمنع الزواج القضائي ، كأن يكون أحد الزوجين عسكرياً ولم يأذن له باجراء العقد ، أو تكون الزوجة قاصرة دون الثالثة عشرة من العمر ، ففي مثل تلك الحالات يلجأ الزوجان إلى عقد الزواج خارج المحكمة الشرعية ومن ثم يطلبان تثبيته في المحكمة الشرعية عند زوال المانع حتى يتمكنا من تسجيله في سجلات الأحوال المدنية أصولاً . وخاصة فإن القانون قد أوجب تثبيت الزواج إذا حصل ولد أو حمل ظاهر دون كثير من الاجراءات التي كان يتوجب على الزوجين إجراءها لو لم يحدث الولد أو الحمل .

وعلى هذا نصت الفقرة ٢ من المادة ٤٠ من قانون الأحوال الشخصية والتي جاء فيها ما يلي :

م ٤٠ ف ٢ : لايجوز تثبيت الزواج المعقود خارج المحكمة إلا بعد استيفاء هذه الاجراءات (الاجراءات التي نصت عليها الفقرة الأولى من نفس المادة) . على أنه إذا حصل ولد أو حمل ظاهر يثبت الزواج بدون هذه الاجراءات ولا يمنع ذلك من ايقاع العقوبة القانونية .

وقد نص قانون العقوبات السوري العام في مواده ٤٧٠ - ٤٧٢ على انزال عقوبة الغرامة من ٢٥ ـ ٢٥٠ ل.س بكل رجل دين يعقد زواجاً قبل أن يتم الاعلان وسائر المعاملات التي نص عليها قانون الأحوال الشخصية ، وتشمل هذه العقوبة المتعاقدين أنفسهم وممثليهم والشهود الذين حضروا الزواج ، أما إذا كان أحد الزوجين أجنبياً غير عربي والآخر سورياً أو فلسطينياً مسجلاً لدى مؤسسة اللاجئين في سورية فقد حظر المرسوم التشريعي رقم ٢٧٢ تاريخ ١٩٦٩/١١/٤ على المحاكم تثبيت زواجها

ولو حصل ولد أو حمل ظاهر ما لم يستحصلا على موافقة مسبقة من وزير الداخلية ، فإن لم يستحصلا على الموافقة فإنه لا يثبت زواجها إلا بعد تنفيذ عقوبة تتراوح بين ثلاثة أشهر إلى ستة وذلك عملاً بأحكام المواد ١ و ٢ من المرسوم المنوه عنه والتي جاء فيها ما يلي :

م ١ : لا يسمح بزواج السوريين أو الفلسطينيين المسجلين لدى مؤسسة اللاجئين الفلسطينيين في الجمهورية العربية السورية إذا كان أحد الزوجين أجنبياً - غير عربي - إلا بناء على موافقة مسبقة تعطى من وزير الداخلية

م ٢ : مع الاحتفاظ بالأحكام المنصوص عليها في القوانين النافذة فإن كل مواطن سوري أو فلسطيني مسجل لدى مؤسسة اللاجئين الفلسطينيين في الجمهورية العربية السورية لا يحصل على الموافقة المنصوص عليها في المادة الأولى يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ستة ولا يسمح للسلطات المختصة بتثبيت هذا الزواج إلا بعد تنفيذ العقوبة الآنفة الذكر .

أما بالنسبة للنصارى واليهود فلا يوجد كما رأينا زواج عرفي ، وإنما هناك زواج كنسي يولد مثبتاً في سجلات السلطات الروحية إلا أنه لا ينتج اثاره المدنية إلا إذا تم تدوينه في سجلات النفوس كما رأينا آنفاً. ولا يثبت الزواج عند النصارى واليهود إلا بالصك الخطي أو بالسجلات أو بشهادة الكاهن ، ولا يكفي اقرار الزوجين وحده لاثبات الزواج .

تثبيت الزواج العرفي :

٢٣٧ - أجاز قانون الأحوال الشخصية السوري تثبيت الزواج المعقود خارج المحكمة الشرعية بالنسبة للمسلمين ، وهذا يعني أن الزواج ينعقد

صحيحاً في نظر القانون متى استوفى أركانه وشروطه ، وإن إذن القاضي الشرعي والمعاملات الادارية ما هي إلا اجراءات شكلية وقواعد تنظيمية وضعت لحفظ العقود وقيدها في السجلات المدنية والمحافظة على الصحة العامة والكيان الاجتماعي .

٢٣٨ ــ وقد درجت المحاكم الجزائية في سورية لفترة من الزمن على اعتبار عقود الزواج التي تجري خارج المحكمة الشرعية غير صحيحة وبالتالي فقد كان القضاة الجزائيون لايوقفون الملاحقة عن الرجل في جرائم العرض الواردة بالفصل الأول من الباب السابع من قانون العقوبات ولو تصادق الطرفان على وقوع الزواج الشرعي بينهما دون وثيقة رسمية ، لأن المادة ٥٠٨ عقوبات اشترطت لوقف الملاحقة أن يكون عقد الزواج صحيحاً ، وليس من حق المحاكم الجزائية أن تبحث في صحة النكاح ، وقد تأيد ذلك بالاجتهاد الصادر عن محكمة النقض السورية ـ الغرفة الجنحوية ـ رقم ٨٤ تاريخ ١٩٥٥/١/٢٣ (١)

إلا أن الغرفة الجنائية لدى محكمة النقض السورية قد ذهبت مذهباً آخر عندما قررت صحة الزواج العرفي وأن للمحاكم الجزائية أن تبحث عن وجود هذا العقد ، وعللت قرارها بأن المادة الخامسة من قانون الأحوال الشخصية قد نصت على أن الزواج ينعقد بايجاب أحد العاقدين وقبول الآخر واشترطت المادة ١٢ حضور شاهدين فقط وبحث الفصل السادس في معاملات الزواج الادارية وطالبت المادة ٤٠ بتقديم وثيقة

(١) القاعدتان ١٦٨٠ ــ ١٦٨١ من مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض السورية في القضايا الجزائية .

بالزواج للعسكريين ولكنها ذكرت أنه يمكن تثبيت الزواج المعقود خارج المحكمة إذا حصل ولد أو حمل ظاهر بدون استيفاء المعاملات الادارية المذكورة .

ويظهر من ذلك أن الزواج ينعقد صحيحاً ولو بدون إذن المحكمة الشرعية ويترتب عليه جميع نتائجه القانونية ، وأما المعاملات الادارية فهي قواعد تنظيمية وضعت لحفظ العقود وقيدها في السجل المدني والمحافظة على الصحة العامة ولا علاقة لها بأركان العقد وعناصره المكونة له ، وعلى محكمة الجنايات أن تبحث عن وجود العقد باعتباره شرطاً من شروط وقف الملاحقة أو فرض العقوبة وعنصراً من عناصر التجريم ، فاذا ثبت لها أن الطرفين متزوجان بحكم الأمر الواقع والتحقيق الجاري قضت بوقف الملاحقة وإلا قامت بتنفيذ أحكام القانون ، وهذا الاجراء متعلق بالجريمة وعقوبتها ومن اختصاص محكمة الجنايات ولا تأثير له على قيود الأحوال المدنية وسجلات المحكمة الشرعية [1]

٢٣٩ — وعلى الزوج الراغب تثبيت الزواج أن يقدم دعوى بذلك إلى المحكمة الشرعية مرفقة بجميع الوثائق التي نصت عليها الفقرة الأولى من المادة ٤٠ من القانون هذا إذا لم يكن هناك ولد أو حمل ظاهر ، فإن كان هناك ولد أو حمل ظاهر فلا حاجة لتلك الوثائق إلا أنه بالنسبة للأجانب فلا بد من إذن يعطى من السيد وزير الداخلية إذا رغب أحدهما بالزواج من سوري أو سورية أو ما ينزل منزلتها من الفلسطينيين المسجلين لدى مؤسسة اللاجئين في سورية .

---

(١) القاعدتان ١٦٨٢ — ١٦٨٣ من مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض السورية في القضايا الجزائية .

على أنه اذا حالت أسباب شكلية لاتمس جوهر العقد الصحيح دون امكانية تثبيت الزواج فإن الزوجة لاتحرم من الآثار الشرعية المترتبة على الزواج الصحيح [1] على أن دعوى تثبيت الزواج لا تسمع إلا إذا كان العقد صحيحاً في أساسه عند انعقاده ، وعلى ذلك فلا يثبت عقد زواج القاصرة قبل بلوغها الثالثة عشرة من العمر ، لأنه عقد فاسد في نظر القانون [2].

أما في حالة كون العقد صحيحاً في نظر القانون ومن ثم صدر قرار عن المحكمة الشرعية بتثبيته فإن أثر هذا التثبيت ينسحب إلى تاريخ العقد العرفي .

- إثبات الزواج العرفي :

آ - حال حياة الزوجين :

٢٤٠ - يثبت الزواج العرفي أمام المحكمة باقرار الطرفين وهذا الاقرار غير كاف لاثبات الزواج كما رأينا عند غير المسلمين . فاذا أنكر أحدهما هذا الزواج أو اختلفا على مقدار المهر وتاريخ وقوع الزواج كان لطالب الاثبات أن يثبته بجميع وسائل الاثبات ومنها البينة الشخصية ، ولم يتعرض قانون الأحوال الشخصية لهذا الأمر مما يوجب الرجوع إلى قواعد الاثبات العامة في العقود مع الأخذ بعين الاعتبار ما جاء في المرسوم التشريعي رقم ٨٨ تاريخ ١٩٤٩/١١/٢١ والذي اعتبر بموجبه قانون

---

(١) اجتهاد محكمة النقض بدمشق - م نقابة المحامين لعام ١٩٦٣ - العدد ١ ص ١ رقم ٤

(٢) اجتهاد محكمة النقض بدمشق - القانون لعام ١٩٦٨ - عدد ٧ ص ٥٣١

البينات السوري رقم ٣٥٩ تاريخ ١٩٤٦/٦/١٠ نافذاً في المحاكم الشرعية باستثناء الأحكام التالية :

أ ـ يجوز الاثبات بالشهادة في جميع القضايا الشرعية إلا في الدعاوى المالية التي تخالف أو تجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي .

ب ـ يشترط النصاب الشرعي للحكم بالشهادة فليس للقاضي أن يحكم بشهادة الفرد إلا في الأحوال المقررة شرعاً .

جـ ـ لاتعتبر القرينة القضائية وحدها سبباً للحكم في هذه المحاكم .

ووفقاً لذلك فانه يجوز إثبات الزواج بالاقرار والبينة الشخصية واليمين في حالة الانكار وعدم توفر البينة .. وقد جاء في الاجتهاد : أن الزواج يثبت بتصادق الطرفين على تاريخ العقد ومقدار المهر ويحمل على النكاح الصحيح [1] .

وأجاز الاجتهاد السوري شهادة الشهرة والتسامع لاثبات عقد الزواج أخذاً من المذهب الحنفي حيث قال فقهاؤه :

افهم مسائل ستة واشهد بها ... من غير رؤيا وغير وقوف
نسب وموت والولادة وناكح ... وولاية القاضي وأصل وقوف [2]

وإثبات الزواج بالاقرار أو الشهادة أمر متفق عليه لدى فقهاء المذهب الحنفي ، أما اثباته باليمين فقد أجازه الصاحبان ولم يجزه أبو حنيفة .

وعلى ذلك إذا تداعى شخصان رجل وامرأة بشأن وجود الزواج ، فادعى الرجل وجوده ، تسأل المرأة ، فإن أقرت ، قضي بالزواج وثبت

---

(١) اجتهاد محكمة النقض بدمشق ـ القانون لعام ١٩٥٩ ـ عدد ١ ص ٨٣
(٢) القانون لعام ١٩٥٤ العدد ٦ ص ٥٦٥

بتصادقهما عليه ، وإن أنكرت كان على الزوج البينة ، لأن البينة على من ادعى ، واليمين على من أنكر ، فإن عجز عن البينـة ، وجهت اليمين إلى المرأة على رأي الصاحبين ، فإن حلفت رفضت دعوى الزوج ، وكان هذا القضاء في الفقه الحنفي قضاء ترك لايمنع المدعي من تجديد دعواه إذا وجد البينة . لأن القضاء بالحلف عند الأحناف هو قضاء ترك لاقضاء إنهاء حقوق ، وإن نكلت عن اليمين قضي عليها بالزواج ، لأن النكول إقرار على مذهب الصاحبين ، وهو المفتى به في الفقه الحنفي [١]

أما الذي عليه قانون البينات السوري هو : أن رد دعوى تثبيت الزوجية بعد الحلف على الانكار لايمكن المدعي بعدها من تجديد الدعوى إذا توفرت لديه البينة . وقد كان الأولى الأخـذ برأي الصاحبين الراجح في المـذهب الحنفي لهذه الناحية . وقد جاء في المادة ١٤٥ من أحكام قدري باشا ما يلي :

« إذا وقع نزاع بين الزوجين في أمر النكاح ، يثبت بشهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول ، فإذا ادعى أحد على امرأة أنها زوجته أو ادعت هي أنه زوجها وجحد المدعى عليه وعجز المدعي عن البينة فله أن يستحلف الجاحد ، فإن حلف سقطت الدعوى ، وإن نـــكل قضي عليه بنكوله .

وجاء في المادة ١٤٨ من نفس الأحكام ما يلي :

« إذا أقر أحد لامرأة أنها زوجته ولم يكن تحته محرم بها ولا أربع سواها وصدقته وكانت خالية عن زوج وعـــدة تثبت زوجيتها له باقراره وتلزمه نفقتها ويتوارثان » .

---

(١) أحوال أبي زهرة ص ٢٨٨

٢٤١ – وفي مصر كان الزواج العرفي قبل عام ١٩٣١ يثبت بالبينة شريطة أن يكون الزواج معروفاً بالشهرة العامة وسواء أكانت دعوى الزوجية في حياة الزوجين أو بعد وفاتها . أما بعد عام ١٩٣١ فلم تعد تثبت دعوى الزواج إلا بوثيقة رسمية صادرة عن موظف مختص بتوثيق عقود الزواج أو يقر بها المدعى عليه في مجلس القضاء ، فإن كان الاقرار سابقاً عليه ، فلا بد من إثباته بوثيقة رسمية سواء أكانت دعوى الزوجية مجردة أم في ضمن حق آخر كنفقة أو طاعة أو ميراث . وقد بني ذلك المنع على ما لولي الأمر من حق تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحادثة والشخص كما جاء في المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٧٨ لعام ١٩٣١ [١] وأعتقد أن في ذلك ظلماً فادحاً وتشجيعاً لذوي النوايا السيئة للتغرير بالبسطاء والطيبين ، ويلاحظ أن هذا التضييق في وسائل اثبات الزوجية في القانون المصري لايشمل دعاوى النسب التي بقيت كما كانت من ناحية جواز إثباتها بالبينة الشخصية أو اليمين [٢] وفي ذلك تناقض ظاهر . فكيف نثبت النسب دون أن نثبت الزوجية إذا كان هذا النسب أساسه الفراشي الزوجي ؟؟

٢٤٢ – أما في غير مصر من البلاد العربية فلم نجد أن قوانينها قد تطرقت لناحية اثبات الزوجية اللهم إلا القانون العراقي حيث جاء في مادته الحادية عشرة مايلي :

١ – « إذا أقر أحد لامرأته أنها زوجته ولم يكن هناك مانع شرعي أو قانوني وصدقته ثبتت زوجيتها له باقراره .

(١) احوال ابي زهرة ص ٢٩٠
(٢) المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١

٢ ـ إذا أقرت المرأة أنها تزوجت فلاناً وصدقها في حياتها ولم يكن هناك مانع قانوني أو شرعي ثبت الزواج بينهما ، وإن صدقها بعد موتها فلا يثبت الزواج .

وجاء في شرح هذه المادة : أنه في حـال الإنكار تطبق قواعد المذهب الحنفي من ناحية الإثبات بالبينة الشخصية وفق النصاب الشرعي للشهادة وبحلف اليمين [١]

هل يثبت الزواج بالمعاشرة :

٢٤٣ ـ إستقر الاجتهاد في سورية أخذاً من المذهب الحنفي على أنه : إذا ادعت الزوجة أنها زوجة للمدعى عليه بعقد عرفي صحيح فإن إثبات المعاشرة الزوجية بينهما كاف لإثبات العقد وتثبيته ، ويحق لهـا إثبات المعاشرة الزوجية بالشهادة ، فجاء في قرارات عديدة ان الزواج مما يجوز الشهادة عليه بالسماع والشهادة ، على المعاشرة الزوجية بعد دعوى العقد الصحيح كافية لإثباته [٢]

وجاء في قرارات أخرى : يرجع إلى الراجح في المذهب الحنفي (مادة ٣٠٥ أحوال) فيما لا نص عليه في قانون الأحوال الشخصية ، وعليه فإن الشهادة على المعاشرة في دعوى الزوجية الصحيحة كافية لإثباتها [٣]

---

(١) أحوال خروفة ج ١ ص ٢٠٩

(٢) القانون لعام ١٩٥٨ ـ عدد ٨ ص ٥١٢

(٣) القانون لعام ١٩٥٩ ـ عدد ٥ ص ٣٣٢ ـ م نقابة المحامين لعام ١٩٦٣ ـ عدد ١ ص ١ رقم ٣

ب - بعد الوفاة :

٢٤٤ - اختلف الإجتهاد في دعوى الزوجية بعد وفاة أحد الزوجين أو كليهما : هل هي دعوى مالية فلا تثبت بالشهادة ؟ أم هي دعوى شرعية تتعلق بحق الله مما يجوز إثباتها بالشهادة ؟

فبينما أيد إجتهاد صادر عام ١٩٥٣ وجهة النظر الثانية فنص على مايلي: أن دعوى الزوجية بعد وفاة أحد الزوجين ليست من دعاوى المال مما يجيز قبول البينة الشخصية في إثبات عقد الزواج [١].

جاء اجتهاد آخر عام ١٩٦٧ فأيد وجهة النظر الأولى ونص على أن دعوى إثبات الزوجية بعد وفاة الزوج هي دعوى ماليـة ولا تتعلق بحق الله تعالى [٢].

٢٤٥ - ونحن لسنا مع الاجتهاد الثاني ، لأن الأصول الشرعية تقضي بتأييد الاجتهاد الأول ، فدعوى تثبيت الزواج سواء كانت أثناء حياة الزوجين أو بعد وفاة أحدهما تتعلق فيها أمور من حق الله تعالى كالنسب وحرمة المصاهرة والارث ، ولا يفترق الأمر حـــتى ولو مات الزوجان وطلب ورثتها تثبيت الزواج رغبة بالإرث ، والإرث في هذه الحالة وإن كان القانون قد اعتبره حقاً مالياً صرفياً إلا أنه من آثار الزواج ، ولأن إلى جانب الإرث حقوقاً لا يمكن إعتبارها مالية بأي شكل من الأشكال كحرمة المصاهرة مثلاً . وهي قطعاً من حق الله تعالى ، مما يجيز إثبات الزواج

---

(١) القانون لعام ١٩٥٣ عدد ١٠ ص ٨٢٥
(٢) القانون لعام ١٩٦٧ عدد ١٠ ص ٩١٧

ولو بعـــد وفاة الزوجين بالشهادة . والأمر يختلف إذا أنكر أحدهما الزواج أثناء حياة الزوج الآخر ثم عاد واعترف به بعد موته ، فلا يثبت بذلك النكاح ولا يتوارثان ، وهذا ما نصت عليه المادة ١٤٩ قدري باشا حيث جاء فيها ما يلي :

« إذا أقرت المرأة حال صحتها أو في حال مرضها أنها تزوجت فلاناً فإن صدقها في حياتها ثبت النكاح وورثها ، وإن صدقها بعد موتهـا فلا يثبت النـكاح ولا يرثها .



الباب الثالث

ويحتوي :

١ — الأهلية في الزواج

٢ — الوكالة في الزواج

٣ — الولاية في الزواج

٤ — الكفاءة في الزواج

الأهلية في الزواج

٢٤٦ ـ الأهلية الشرعية هـي صفة في الشخص تمكنه قانوناً من الإلزام والإلتزام[1] ومن عوارض الأهلية الجنون والسفه والصغر. هذا بالنسبة للأهلية بصورة عامة ، أما بالنسبة للزواج فقد جعل له الفقهاء أهلية خاصة تختلف عن الأهلية اللازمة لصحة التصرفات المدنية . فقد أجاز الفقهاء زواج الصغير والصغيرة ، وكذلك زواج المجنون في أحوال خاصة .

أما عند النصارى فقد حددت معظم مذاهبهم سناً معينة للزواج لا يصح الزواج قبل بلوغها وأجازت بعض المذاهب الزواج قبل تلك السن بإذن خاص من الكنيسة . أما اليهود فقد أجازوا زواج الصغيرة إذا كانت يتيمة دون أن يجيزوا زواج الصغير قبل الثالثة عشرة من عمره .

واشترط قانون الأحوال الشخصية في أهلية الزواج العقل والبلوغ فنصت الفقرة الأولى من المادة ١٥ على ما يلي :

« يشترط في أهلية الزواج العقل والبلوغ »

ومع ذلك فقد أجاز القانون زواج المجنون والمعتوه في أحوال خاصة مما سنراه بصورة مفصلة .

---

(١) أحوال خروفة ج ١ ص ١٧١

١ - العقل :

٢٤٧ - ذهب الجمهور ومعهم ابن شبرمة ورفاقه إلى عدم اشتراط العقل لصحة الزواج ، فيجوز للولي أن يزوج المجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة . وقال الشافعية : يلزم الأب والجد ومثله الحاكم عند عدمها تزويج مجنونة أطبق جنونها بالغة محتاجة للوطء ، ومجنون أطبق جنونه بالغ ظهرت حاجته بظهور أمارات ، كتوقانه بدورانه حول النساء أو بتوقع الشفاء بقول طبيب عدل (١)

ولا فرق في الجنون بين أن يكون جنوناً أصلياً ، أو طارئاً ، وخالف زفر فقال : إذا بلغ عاقلاً ثم طرأ عليه الجنون فلا يملك أحد تزويجه ، وقالت الجعفرية : بل الولاية حينئذ للحاكم لا للأولياء (٢)

وقد أخذ القانون برأي الشافعية مع بعض التعديل بأن علق صحة العقد على أذن القاضي فنص في الفقرة الثانية من المادة ١٥ على ما يلي :

م ١٥ ف ٢ : للقاضي الأذن بزواج المجنون والمعتوه إذا ثبت بتقرير هيئة من أطباء الأمراض العقلية أن زواجه يفيد في شفائه .

وهذا يعني أن زواج المجانين والمعتوهين دون أذن من القاضي تطبق عليه أحكام العقد الفاسد، ولا يجوز تثبيته إلا باجازة استثنائية بعد الفوقان. واشترط القانون العراقي في مادته السابعة ألا يكون زواج المجنون فيه ضرر للمجتمع ، أما القانون الأردني فقد قيد في مادته السادسة عشرة زواجها بوجود الضرورة .

---

(١) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٤١
(٢) أحوال السباعي ص ١٣١

واشترط القانون المغربي في فصله السابع اضافة إلى فائدة الزواج في شفائه أن يكون الطرف الآخر قد اطلع على ذلك ورضي به . وقد علقت جميعها صحة الزواج على اذن القاضي كما فعل القانون السوري .

٢٤٨ ــ واشترطت النصارى العقل لصحة عقد الزواج فجاء في المادة ٢٣ من المشروع البروتستنتي ما يلي :

م ٢٣ : يشترط في عقد الزواج :

آ ـ أن يكون المتعاقدان عاقلين مستكملي القوى التي تمكنهما من إتمام الاقتران الطبيعي .

ب ـ أن يكون المتعاقدان سالمين من الأمراض التناسلية ومن داء السل والأمراض العقلية غير القابلة للشفاء ، ويدخل في الأمراض العقلية التعرض للأمراض العقلية بالوراثة بالذات أو في النسل .

ويبطل الزواج عندهم متى ثبت أن أحد المتعاقدين لم يكن عاقلاً عند إتمام العقد ، ويحتاج هذا الابطال إلى طلب من أحد الزوجين وقرار من المحكمة الروحية .

وجاء في المادة ١٦ من مشروع الأرمن الارثوذكس : إن زواج المصابين بالأمراض العقلية ممنوع منعاً باتاً .

٢٤٩ ــ وعند اليهود : الجنون المطبق في أحد الاثنين مانع من الزواج ، وإلا كان الزواج باطلاً (م ٤٧ موسويين) .

٣ ـ البلوغ :

٢٥٠ ــ للبلوغ علامات تختلف بحسب الذكورة والأنوثة .

فبالنسبة للذكر يعرف البلوغ بالاحتلام مع الانزال ، أو بالانزال بأي

سبب كان ، وبالنسبة للأنثى يعرف بالحيض ، أو الاحتلام مع الانزال ، فإن ظهر شيء من هذه العلامات حكم ببلوغ كل منهما ، فإن لم يظهر فلا يحكم بالبلوغ إلا بالسن اتفاقاً . واختلف الفقهاء المسلمون في مقدار هذه السن . فقال أبو حنيفة : هي ثماني عشرة سنة للذكر وسبع عشرة للأنثى . وقال أبو يوسف ومحمد : هي خمس عشرة سنة لكل منهما . وهي كذلك عند الشافعية والحنابلة . أما عند المالكية فهي ثماني عشرة سنة . وعند الشيعة الأمامية خمس عشرة سنة للذكر وتسع سنين للانثى[1]

وحدد القانون سناً لايقبل الادعاء بالبلوغ قبلها وهي خمس عشرة سنة للذكر وثلاث عشرة سنة للانثى فجاء في المادة ١٨ مايلي :

م ١٨ ف ١ : إذا ادعى المراهق البلوغ بعد اكماله الخامسة عشرة أو المراهقة بعد اكمالها الثالثة عشرة وطلبا الزواج يأذن به القاضي إذا تبين له صدق دعواهما واحتمال جسميهما .

ف ٢ : إذا كان الولي هو الأب أو الجد اشترطت موافقته .

ومن ثم حدد القانون سناً أعلى لتمام أهلية الزواج وهي ثماني عشرة سنة للذكر وسبع عشرة سنة للأنثى وهو قول أبي حنيفة رضي الله عنه فجاء في المادة ١٦ مايلي :

م ١٦ : تكتمل أهلية الزواج في الفتى بتمام الثامنة عشرة وفي الفتاة بتمام السابعة عشرة من العمر .

وجاء في الاجتهاد : يشترط في الفتاة التي تكون دون السابعة عشرة ، ثبوت بلوغها واحتمال جسمها للزواج وأخذ موافقة وليها[2]

---

(١) أحوال خروفة ج ١ ص ١٧٥

(٢) القانون لعام ١٩٦٤ ـ العدد ٩ ص ٨٤٢

٢٥١ ـ ولم تعتبر بعض المذاهب النصرانيـة البلوغ كشرط لأهليـة الزواج وإنما اعتبرت تحـديد السن قانوناً هو الشرط . وهي عنـد الروم الأرثوذكس الثامنة عشرة للذكر والخامسة عشرة للأنثى من العمر ، وعند الانجيليين السادسة عشرة للأنثى والثامنة عشرة للذكر . وعند الكاثوليك السادسة عشرة للذكر والرابعة عشرة للأنثى .

على أن بعض المذاهب كالروم الأرثوذكس أجازت العقـد قبل بلوغ السن للضرورة إذا كانت الصحة والبنية تؤهلانها لذلك (ف ٢ من م ٢٩ من مشروع الروم الأرثوذكس) .

وجاء في المادة ١٥ من مشروع الأرمن الأرثوذكس :

١ ـ لايمكن للرجل الذي لم يتم الثـامنة عشرة من عمره وللمرأة التي لم تتم الخامسة عشرة من عمرها أن يتزوجا .

٢ ـ إنما يمكن لمطران الابرشية بالاتفـاق مع « الرئيس الجسماني » لمحكمة البداية ورئيس المجلس الروحاني أن يأذن بزواج الرجل الذي أتم السادسة عشرة من عمره والمرأة التي أتمت الرابعة عشرة من عمرها في حالة غير اعتيادية ولسبب مهم جداً .

٢٥٢ ـ واعتبر القانون اليهودي أن السن اللائق لزواج الرجل ثمانية عشر عاماً . وأجاز الزواج بعـد بلوغ الثالثة عشرة سنة بالنسبة للرجـل واثنتي عشرة سنة ونصفاً بالنسبة للزوجـــة إذا نبتت عانتها ولو شعرتين (م ٢٣ أحكام موسويين) .

وأجاز القانون زواج الصغيرة قبل بلوغها السن المشار اليه أعلاه بولاية

أبيها متى أراد أو متى أرادت أمها أو أحد اخوتها إذا كانت يتيمة ورضيت (م ٢٤ أحكام موسويين) .

زواج الصغار :

٢٥٣ — نقصد بزواج الصغار هو زواج الصغير والصغيرة قبل بلوغهما السن القانوني . وهذا الزواج مباح عند جمهور الفقهاء المسلمين لما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت :

تزوجني النبي ﷺ وأنا إبنة ست (أي ست سنين) وبنى بي وأنا ابنة تسع [1] . وقيد مالك وأحمد هذا الحق بالأب ، فقالا ، لايجوز لغير الأب تزويج الصغار ، فإن فعل غيره لايصح .

وخالف ابن شبرمة وعثمان البتي وأبو بكر الأصم فقالوا بعدم جواز زواج الصغار مطلقاً من غير تفريق بين الصغير والصغيرة ، أو بين الأب وغيره من الأولياء ، وحجتهم في ذلك قوله تعالى : وابتَلوُا اليتَامى حتىَّ إذَا بَلَغوُا النِّكاحَ ، فإنْ آنَستُم مِنهُمْ رُشْداً فادْفعوُا إليهم أموالَهُمْ (نساء ٦)

فأشارت هذه الآية إلى أن بلوغ سن النكاح هو علامة لانتهاء الصغر ، فلو كان الزواج يصح في سن الصغر لما كان لهذه الآية معنى ، ولأنه لافائدة للصغير والصغيرة من هذا العقد إذ الزواج المعاشرة والسكن النفسي والتناسل ولا تتحقق واحدة من هذه في زواج الصغار ، هذا بالاضافة إلى أن هذا الزواج قد يكون فيه ضرر بالغ بهم ، إذ أنه إجبار لهم على حياة مشتركة مؤبدة ، دون التأكد من الانسجام بينها ، وقد شرعت

---

(١) أخرجه البخاري ومسلم

الولاية على الصغار لرعاية مصالحهم ودفع الأذى عنهم لا للاضرار بهم .[1]
ولذلك رأينا القانون يعدل عن رأي الجمهور ويأخذ برأي ابن شبرمه ورفاقه
فلا يجيز زواج الصغار .

ولكن العادة جرت في بلاد المسلمين أن يتبع المسلمون الشرع اكثر
من اتباعهم القانون ولو كان القانون في أساسه مستنداً الى الشريعة الإسلامية.
فيزوجون الصغار بعقد عرفي قبل بلوغهم السن القانونية ثم يعمدون إلى
طلب تثبيت هذا الزواج عن طريق المحكمة الشرعية كي يتسنى لهم
تسجيله في سجلات الأحوال المدنية .

وقد استقر اجتهاد محكمة النقض بدمشق وعليه سارت المحاكم الشرعية
أن دعوى تثبيت الزوجية لاتسمع قبل بلوغ السن القانونية ولو كان هنالك
حمل ظاهر أو حصل ولد .[2] مما يوقعنا في مشكلة تسجيل الأولاد واثبات
نسبهم من أبويهم اعتباراً من تاريخ ولادتهم لا اعتباراً من تاريخ تسجيل
زواج الأبوين . وقد اعتبر الاجتهاد حلاً لتلك المشكلة أن عقد زواج
القاصرة قبل بلوغها الثالثة عشرة من العمر فاسد ، وبذلك يمكن وفقاً
لأحكام العقد الفاسد ثبوت نسب الأولاد قبل تسجيل العقد الصحيح في
المحكمة الشرعية ، ومن المعروف أن العقد الفاسد موجب للفسخ وفق
أصول معينة سنذكرها عند بحث فساد العقد . ولا توارث فيه بين
الزوجين . إلا أن منع التوارث هذا لايتناول الأولاد [3] .

(١) أحوال السباعي ص ١٣٠
(٢) القانون رقم ١٩٦٨ ـ عدد ٧ ص ٥٢١
(٣) القانون لعام ١٩٥٣ ـ عدد ٥ ص ٤٨٣

أهلية الزوجة بعد عقد الزواج :

٢٥٤ — بعد عقد الزواج بصورة رسمية أمام القاضي الشرعي أو تثبيته أصولاً تصبح الزوجة كاملة الأهلية في جميع ما يعود لحقوقها الزوجية . ولو كانت قاصرة لم تبلغ سن الرشد بعد ، على اعتبار أن اجراء عقد الزواج يجعلها مأذونة بصورة حتمية باجراء التصرفات الناجمة عن هذا العقد وكاملة الأهلية في هذا الخصوص بمقتضى ما نصت عليه المادة ١٦٦ أحوال شخصية ، وقد استقر الاجتهاد على هذا الرأي . [١] أما في غير حقوقها الزوجية فلا تصبح كاملة الأهلية إلا ببلوغها السن القانوني . وهو ثمانية عشر عاماً .

أما عند اليهود فالمرأة المتزوجة مهما كانت سنها تبقى كالقاصر والصبي والمجنون ولا يجوز لها البيع ولا الشراء ، وينص الفكر اليهودي على أن جميع مال المرأة ملك لزوجها ، وليس لها سوى ما فرض لها من مؤخر الصداق في عقد الزواج تطالب به بعد موته ، أو عند الطلاق منه ، وعلى هذا فكل مادخلت به من المال وكل ما تلتقطه وما تكسبه من سعي وعمل وكل ما يُهدى اليها في عرسها ملك حلال لزوجها ، يتصرف فيه كيف شاء بدون معارض ولا منازع ، ولكثرة ما شوهد من وقوع الشقاق والفرقة بين الأزواج فقد قر رأي (الأرْباب) [٢] على وجوب

(١) القاعدة ١١٧٣ من مجموعة القواعد القانونية للاحوال الشخصية في سورية .

(٢) جمع (ربّي) أي أستاذ

الأخذ بشروع « وقف الزوجية » ومعنى وقف الزوجية أن توقف أموال الزوجة ويصير الزوج قيماً عليها ، يستغلها ، دون أن يبيعها أو يرهنها ، فتصبح الزوجة بذلك مالكة لرقبة الأموال ، والزوج مالكاً للمنفعة ، فإذا حصلت الفرقة عادت الثروة للزوجة [1].



(1) مقارنة الاديان ـ اليهودية ـ ص ٢٧٩

الوكالة في الزّواج

٢٥٥ – اتفق الفقهاء على أن الوكالة جائزة في عقد النكاح ، فكما يحق للزوج والزوجة أن يتوليا عقد نكاحهما بأنفسهما يحق لهما أيضاً أن يوكلا من شاءا باجراء هذا العقد ، وهذا إذا كان الزوجان بالغين .

أما إذا كانا قاصرين فوليهما أبا أو غيره أن يوكل من شاء لعقد زواجهما ، ويستحب استشارتهما في ذلك ، ولا يعتبر الوليّ وكيلاً ، لأنه ليس للموكل عزله ، والوكالة تقبل العزل .

وقال الأحناف : يستحب للمرأة أن توكل غيرها بالزواج – وإن كان الزواج يعقد بعبارتها – نظراً لما يغلب عليها من الحياء في مثل ذلك الموقف (١)

وقد أجاز القانون في مادته الثامنة التوكيل في عقد النكاح .

أنواع الوكالة :

الوكالة في الزواج نوعان : مطلقة ومقيدة .

١ – الوكالة المطلقة :

٢٥٦ – وهي الوكالة غير المقيدة بشرط بالنسبة للشخص أو المهر ، كأن توكل المرأة شخصاً ليزوجها بمن يشاء وبالمهر الذي يريد ، وهي وكالة

---

(١) احوال أبي زهرة ص ٦٢

جائزة ، وعلى الوكيل أن يختار لها الأصلح السليم الكفء ، وأن لايزوجها بأقل من مهر المثل .

أما إذا كان الموكل هو الرجل فعلى وكيله أن يختار له المرأة اللائقة المتكافئة له والسليمة بحدود مهر المثل .

لأن الإطلاق ينصرف إلى المتعارف عليه [1] وهذا رأي الصاحبين خلافاً لرأي أبي حنيفة الذي قال : إذا كان الموكل هو الزوج فلا يتقيد الوكيل بالكفاءة والسلامة ومهر المثل ، وإذا كانت الموكلة هي الزوجة ، فإن الوكيل يتقيد بالكفء ، وإذا كان الموكل هو وليها ، فإن الوكيل غير مقيد بشيء على أساس أن المطلق لا يقيد .

فعلى رأي الصاحبين : إذا زوجها الوكيل بغير ما تعارف عليه الناس كأن زوجها بأقل من مهر المثل بكثير ، أو زوجها رجلاً لا يليق بها أو معيباً ، فإن العقد موقوف على اجازتها أو إجازة وليها حسب الأحوال .

وعلى رأي أبي حنيفة ينفذ العقد ، ما عدا الزواج من غير كفء فإنه يتوقف على الاجازة .

ـ وعند الحنابلة يقيد المطلق بالكفاءة [2]

وذهب الصاحبان خلافاً لرأي أبي حنيفة [3] أنه ليس للوكيل أن يزوج المرأة الموكلة من نفسه ، ويجوز أن يزوجها لولده ، لأن تزويجها من نفسه يحتاج إلى وكالة خاصة بذلك ، وقد أخذ القانون برأي الصاحبين فنص في الفقرة ٢ من المادة ٨ على ما يلي :

---

(١) شرح فتح القدير ج ٢ ص ٤٣٢
(٢) غاية المنتهى ج ٣ ص ٢٣
(٣) أحوال أبي زهرة ص ١٤٢

م ٨ ف ٢ : ليس للوكيل أن يزوج موكلته من نفسه إلا إذا نص على ذلك في الوكالة .

٢ - الوكالة المقيدة :

٢٥٧ — وهي الوكالة المقيدة بشرط من الشروط سواء كان الشرط بالنسبة للرجل ، كأن توكله أن يزوجها من شخص معين بذاته ، أو كان الشرط بالنسبة للمهر ، كأن توكله أن يزوجها بمهر معين .

فإذا وكلته بأن يزوجها من رجل معين ، فلا يجوز للوكيل مخالفتها ، وإن خالف كان عقده كعقد الفضولي لا ينفذ إلا بالإجازة .

أما إذا وكلته بزواجها بمهر معين ، فإن زوجها بأقل كان العقد موقوفاً على إجازتها ، وإن زوجها بأكثر كان العقد نافذاً لأنه يوافق ارادتها ، وهو أصلح لها .

وكذلك لو كان الموكل هو الرجل . فلو زوجه بأكثر من المهر المحدد لا ينفذ العقد ، وإن زوجه بأقل نفذ لأنه يوافق إرادته ومصلحته . وإن من يرضى بالاكثر يرضى بالأقل ، وإن كان مصراً على الأكثر فبامكانه الزيادة متى أراد .

وقد جاء في المادة ٩ من القانون .

« إذا جاوز الوكيل حدود وكالته كان كالفضولي موقوفاً عقده على الإجازة » .

وجاء في المادة ٦١ لقدري باشا :

« يشترط للزوم عقد الوكيل ونفوذه على من وكله موافقته لما أمره به ، فان خالف فلا ينفذ عليه النكاح إلا إذا أجازه » .

عقد الفضولي :

٢٥٨ — الفضولي هو من يقوم باجراء عقد زواج عن غيره دون إجازة منه أو توكيل ، أو يكون موكلا بالتزويج إلا أنه يخرج عن حدود وكالته .

ففي كلتا الحالتين يكون عقده موقوفاً على إجازة الذي تصرف الفضولي عنه ، سواء كان المتصرف عنه الزوج أو الزوجة . فإذا حصلت الإجازة كان العقد صحيحاً من تاريخ إنشائه لا من تاريخ الإجازة ، لأن من القواعد الفقهية المقررة أن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة .

فان كان قد حصل دخول قبل الإجازة ومن ثم كانت الإجازة كان دخولاً في عقد صحيح . والإجازة أو الرفض كما هو معروف يجب أن يحصلا في مجلس العقد ، ويبدأ المجلس اعتباراً من وصول العلم إلى المتصرف عنه ، فإن سكت فلا ينسب إلى ساكت قول ، إلا أن تكون بكراً فيكون أذنها صماتها مصداقاً للحديث النبوي الشريف [١] وهذا كله لدى الأحناف : فقالوا : إن كل عقد صدر من الفضولي وله مجيز انعقد موقوفاً على الإجازة .

وقال الشافعي : تصرفات الفضولي كلها باطلة ، لأن العقد وضع لحكمه ، والفضولي لا يقدر على إثبات الحكم فيلغوا .

وأجاب الأحناف : إن ركن التصرف صدر من أهله مضافاً إلى محله ولا ضرر في انعقاده ، فينعقد موقوفاً حتى إذا رأى المصلحة فيه ينفذه [٢]

---

(١) رد المحتار ج ٢ ص ٣٣٦
(٢) شرح فتح القدير ج ٢ ص ٤٢٨

واختلف الأحناف في العاقد : هل يصلح فضولياً من الجانبين ، أو هل يصلح فضولياً من جانب وأصيلاً من جانب آخر ؟

قال أبو حنيفة ومحمد : لا يجوز أن يكون المتصرف فضولياً من الجانبين كأن يقول : زوجت فلانة من فلان وهما غائبان ، أو يكون فضولياً من جانب وأصيلاً من جانب آخر كأن يقول : اشهدوا أني تزوجت فلانة فبلغها فأجازت ، فهو باطل وذلك بخلاف ما لو قال : اشهدوا أني قد زوجت فلانة وكانت غائبة من فلان الحاضر فأجاب بالقبول ، فهو عقد صحيح موقوف على اجازتها .

أما عند أبي يوسف فالعقود السابقة جميعها صحيحة موقوفة على الاجازة[1] ولم يتعرض القانون لهذه الأمور ، وإنما أشار فقط في المادة ٩ منه إلى أن الفضولي يكون عقده موقوفاً على الإجازة مما يدل على أنه اتجه نحو رأي الإمام أبي يوسف من الأحناف .

صيغة عقد الوكيل :

٢٥٩ — أوجب الفقهاء على الوكيل أن يضيف إلى صيغة العقد سواء بالايجاب أو القبول عبارة تشعر بوكالته ، فيقول موجباً : زوجتك موكلتي فلانة بنت فلان ... أو يقول قابلاً : قبلت منك زواج ابنتك فلانة إلى موكلي فلان ...

وعند الشافعية : إنكار الموكل في نكاحه للوكالة يبطل النكاح بالكلية[2].

---

(١) شرح فتح القدير ج ٢ ص ٤٣٠ ورد المحتار ج ٢ ص ٣٣٥
(٢) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٤٠

لأن النكاح في حالة الانكار ينعقد له لا لموكله ، وان نوى أنه يعقد عن موكله ، ويكون الإنكار عندهم إذا لم يذكر الوكيل في صيغة العقد أنه يوجب أو يقبل الزواج لفلان أو فلانه ، ولا يشترط ذكر أنها موكلته ، بل يكفي علم الطرف الآخر والشاهدين أو أحدهما وكالته عن الطرف الثاني .

هل يشترط الاشهاد على الوكالة :

٢٦٠ ـ جاء في رد المحتار : أن الشهادة لا تلزم على الوكالة إلا عند الجحود[1] أما إذا لم يكن هناك نكران لها فلا ضرورة للاشهاد عليها ، وتصح الوكالة شفاهاً كما تصح كتابة ، وعلى ذلك نصت المادة ٥٨ من أحوال قدري باشا المعمول بها بدلالة المادة ٣٠٥ أحوال سوري فجاء فيها ما يلي :

م ٥٨ : يصح التوكيل بالنكاح شفاهاً وبالكتابة ولا يشترط الاشهاد عليه لصحته بل لخشية الجحود والنزاع .

هل للوكيل أن يوكل غيره :

٢٦١ ـ ليس للوكيل أن يوكل غيره في النكاح إلا إذا وكله الموكل بذلك صراحة ، لأن توكيل الغير يحتاج إلى نص خاص في الوكالة ، إلا أن فقهاء الأحناف قالوا : بأنه إذا فوض الموكل أمره للوكيل جاز للوكيل أن يوكل غيره بذلك ، وعلى ذلك نصت المادة ٥٩ لقدري باشا فجاء فيها ما يلي :

---

(١) رد المحتار ج ٢ ص ٣٣٤

م ٥٩ : لايجوز للوكيل بالنكاح أن يوكل غيره بلا اذن موكله أو موكلته أو بلا تفويض الأمر إلى رأيه .

أما عند الشافعية فان للوكيل أن يوكل غيره ما لم ينهه الموكل صراحة عن ذلك (١)

التزامات الوكيل :

٢٦٢ – لا يلتزم الوكيل تجاه الموكل إلا بحدود وكالته ، أما تجاه الغير فيلتزم بكل ما ألزم نفسه به ويستطيع وفاءه ، فاذا ألزم نفسه بالمهر كان ضامناً له إن لم يدفعه الزوج ، ولا يلزم الوكيل بتسليم الزوجة إلى الزوج لأن ذلك ليس بمقدور الوكيل ولا علاقة له بعقد الوكالة وعلى ذلك نصت المادة ٦٠ لقدري باشا التي جاء فيها ما يلي :

م ٦٠ : لايطالب الوكيل بتسليم الزوجة للزوج ولا بمهرها إلا اذا ضمنه لها ، فان ضمنه وجب عليه أداؤه وليس له الرجوع به على الزوج إلا إذا كان الضمان بإذنه .

ـ ويلاحظ في هذه المادة بأن المرحوم قدري باشا أخذ بمبدأ عدم الرجوع في الضمان إلا إذا كان الضمان باذن الزوج أخذاً من المذهب الحنفي خلافاً لرأي الإمام مالك الذي أجاز رجوع الضامن على المضمون ولو لم يأذن له بذلك (٢) . وهو رأي أقوم وأعدل وأحكم من رأي الأحناف ، ولذلك كان عدم العدول في قانوننا إلى رأي الإمام مالك يشكل ثغرة من الثغرات الموجودة في القانون ومن الواجب تلافيها .

---

(١) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٣٨
(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٩٤

شروط الوكيل :

٢٦٣ — لم يشترط الفقهاء في الوكيل أن يكون تام الأهلية ، وان كانوا قد اشترطوا ذلك بالنسبة للموكل [١] **ولكن بما أن الوكالة نوع من الولاية** ، ولا ولاية لغير المسلم على المسلم ، كان من الواجب أن يكون الوكيل مسلماً إذا كان موكله كذلك ، أما إذا كان الموكل الزوجة وكانت كتابية فلا مانع أن يكون وكيلها كتابياً ، لأن المهم أن يكون الوكيل على دين موكله ، وقد أغفل القانون هذا الأمر كما أغفله قدري باشا في أحكامه .

الوكالة في الزواج عند النصارى :

٢٦٤ — الأصل في الزواج النصراني أن يحضره الزوجان بشخصيهما معاً ، ولذلك فإن الكنيسة لم تجز عقد الزواج بواسطة الوكيل إلا في حالات الضرورة القصوى وإذا أذن بذلك الرئيس الكنسي المحلي ، ولا يصح التوكيل عندهم إلا بوكالة خاصة من شخص معين بالذات ، وعلى الزوجين متى اجتمعا ألا يهملا قبول البركة من الكاهن المخصص لذلك .

وقد جاء في القانون ٨١ من نظام سر الزواج للكاثوليك ما يلي :

القانون ٨١ ـ البند ١ : تلزم لصحة الزواج المنوي عقده بواسطة وكيل وكالة خصوصية بعقد زواج مع شخص معين يوقعها فضلاً عن الموكل ، الخوري المحلي ، أو الرئيس الكنسي المحلي ، حيث تحرر وثيقة الوكالة ، أو كاهن أذن له بذلك أحدهما ، أو شاهدان على الأقل ، مع مراعاة مراسيم الأبرشيات التي قد تنص على أكثر مما ذكر .

---

(١) أحوال أبي زهرة ص ٤٢

البند ٢ : إذا جهل الموكل الكتابة تجب الإشارة إلى ذلك في وثيقة الوكالة وإضافة شاهد آخر يوقع هو أيضـــاً على الكتابة وإلا كانت الوثيقة لاغيــة .

البند ٣ : إذا رجع الموكل عن توكيله أو فقد العقل قبل أن ينجز وكيله عقد الزواج باسمـه ، كان الزواج باطلاً وإن جهل ذلك الوكيل أو الفريق الآخر المتعاقد .

البند ٤ : لابد لصحة الزواج أن يعين الموكل نفسه وكيله ، وأن يباشر الوكيل مهمته بذاته .

الوكالة في الزواج عند اليهود :

٢٦٥ ــ أباح اليهود للزوج أن يوكل غيره في التقديس إذا منعه مانع عن الحضور بشخصه ولم يبيحوا ذلك للزوجة . وجاء في المـادة ٦٣ من أحكام الموسويين أنه لا يصح أن يكون الوكيل أجنبيـاً أو أخرس أو غير بالغ عاقل رشيد .

الولاية في الزواج

الولاية لغة هي المحبة والنصرة

٢٨١ — وعند الفقهاء : تنفيذ القول على الغير شاء أم أبى .[١]
وهذا التعريف لا يشمل إلا نوعاً واحداً من الولاية وهي ولاية الاجبار.
ولذلك رأينا تعريف الولاية بما يلي :

« الولاية هي قدرة إجراء التصرفات نافذة عن الغير ».
وهي على أنواع إلا أنها في الزواج لها نوعان فقط وهما :
١ — ولاية إجبار
٢ — ولاية ندب أو استحباب .[٢]

والأصل أن الولاية إنما وجدت لحفظ الحقوق وصيانة مصالح العاجز عن التصرف ، وهي من قبيل الوكالة القانونية أو التمثيل ، إلا أنها غير قابلة للعزل .

ويمارس الولاية شخص يسمى « الوليّ » ومهمة الوليّ في الزواج هو إجراء العقد نيابة عمن تحت ولايته لعجز الذي تحت الولاية عن إجراء العقد بنفسه .

---

(١) تنوير الابصار — هامش رد المحتار ج ٢ ص ٣٠٤
(٢) رد المحتار ج ٢ ص ٣٠٤

١ - ولاية الاجبار :

٢٨٢ - وهي الولاية المفروضة جبراً بنص الشريعة على القاصرين ، فتثبت على فاقد الأهلية كالمجنون والمعتوه والصغير غير المميز ، كما تثبت على ناقص الأهليـة كالطفل المميز ، وعند الشافعي ترتبط ولاية الاجبـار على النساء بالبكارة .

فيزوج الأب إبنته البكر بحسب ولايته عليها بلا إذنها ولو كانت بالغة ، أما الثيب فلا تزوج عنده ما لم تبلغ لسقوط ولاية الأب بالثيوبة ، ولوجوب إذنها بالتزويـج وهو متعذر في صغرها قبل البلوغ[١].

وقد اتفق الفقهاء على أن علة الولاية هذه هي ضعف العقـل وعدم إدراك وجه المصلحة في التصرفات مما دعى الشرع إلى تنصيب وكيل شرعي عن العاجز لمباشرة التصرفات عنه وهو المسمى بالوليّ .

٢ - ولاية الندب والاستحباب :

٢٨٣ - وهي نيـابة الوليّ عن المرأة العاقلة البالغة في إجراء عقـد نـكاحها ، وإن كان يصح عقده بنفسها ، وذلك نظراً لما يغلب على المرأة في تلك المواقف من الحياء .

وقال أبو حنيفة : إن المرأة يستحب لها تفويض أمرها إلى وليها في النكاح كي لا تنسب إلى الوقاحة .[٢]

وقال الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد : إن المرأة وإن كانت بالغة عاقلة . ليس لها أن تنفرد بأمر زواجها ، وإنما يشترك معهـا وليها ، فلا

---

(١) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٢٤
(٢) رد المحتار ج ٢ ص ٣٠٤

ينفرد أحدهما بالزواج ، بل يشتركان ويتولى الوليّ صيغة الزواج، ودليلهم في ذلك ما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه « لا نكاح إلا بوليّ »[1].

وأجاب الأحناف على ذلك بأن هذا الحديث مضطرب في إسناده[2].

وقد سكت القانون عن هذا الأمر مما يوجب الرجوع إلى القول الأرجح في المذهب الحنفى بدلالة المادة ٣٠٥ أحوال.

وقد رأينا أن المذهب الحنفي لا يعتبر الوليّ شرطاً لصحة نكاح العاقلين البالغين بل ينفذ نكاحها بلا وليّ (م ٢٤ قدري باشا) .

ترتيب الأولياء :

٢٨٤ ـ الأولياء من الأقرباء ، فإن لم يكن هناك أقرباء فإن القاضي الشرعي وليُّ من لا وليّ له . ولذلك قال الفقهاء : أصناف الولاية : نسب وسلطان . وأحق الأولياء بالتزويج عند الشافعية : الأب ثم الجد أبو الأب ، ثم أبوه وان علا ، ثم أخ لأبوين ، ثم أخ لأب ، ثم إبنه وإن سفل ، ثم عم لأبوين ، ومن ثم عم لأب ، ثم سائر العصبات كالإرث .[3]

وعند الحنابلة يقدم الأب ومن ثم أبو الأب وإن علا ، ومن ثم الإبن فإبنه وإن نزل ثم الأخ لأبوين وهكذا .

وقدم مالك والأحناف ولاية الأبناء على الآباء ، وأجاز مالك وأحمد

---

(١) رواه الخمسة الا النسائي .

(٢) شرح فتح القدير ج ٢ ص ٣٩٢

(٣) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٢٦

ولاية وصي الأب بالتزويج خلافاً لرأي الشافعي الذي منع ولاية الوصي. وقيد الأحناف سلطة الوصي بالتزويج بالقرابة .

والراجح عند الأحناف أن الولاية تثبت للعصبات جميعاً على ترتيب الإرث والحجب ولا تثبت للنساء خلافاً لرأي أبي حنيفة الذي قال : إن الولاية تثبت للعصبة ولذوي الأرحام ، وقد كان المرحوم قدري باشا قد نص في أحكامه على جواز ولاية النساء عملاً بأقوال الإمام أبي حنيفة فنص في المادتين ٣٥ ـ ٣٦ من أحكامه على مايلي :

م ٣٥ : الولي في النكاح العصبة بنفسه على ترتيب الإرث والحجب، فيقدم الإبن ثم ابن الإبن وإن سفل ، ثم الأب ، ثم الجد الصحيح وإن علا ، ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ثم ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب ثم العم الشقيق ، ثم العم لأب ثم ابن العم الشقيق ثم ابن العم لأب ثم ولاء العتاقة ، وأن وليّ المجنونة في النكاح أبنها وإن سفل دون أبيها عند الاجتماع .

م ٣٦ : إذا لم يكن عصبة تنتقل ولاية النكاح للأم ثم لأم الأب ثم للبنت ثم لبنت الأبن ثم لبنت البنت ثم لبنت ابن الأبن ، ثم لبنت بنت البنت وهكذا ثم للجد الفاسد ثم للأخت الشقيقة ثم للأخت لأب ثم لولد الأم ثم لأولادهم ثم لباقي ذوي الأرحام العمات ثم الأخوال ثم الخالات ثم بنات الأعمام ثم أولادهم بهذا الترتيب .

أما القانون فلم يأخذ برأي أبي حنيفة من ناحية ولاية النساء وإنما أخذ برأي الإمامين أبي يوسف ومحمد من ناحية قصر الولاية على العصبات فقط فجاء في المادة ٢١ من القانون ما يلي :

م ٢١ : الوليّ في الزواج هو العصبة بنفسه على ترتيب الإرث بشرط أن يكون محرماً .

وسكت القانون عن ولاية وصيّ الأب بالتزويج مما يوجب الرجوع إلى القول الراجح في المذهب الحنفي . وقد جاء في المادة ٣٨ لقدري باشا أنه ليس للوصي أن يزوج اليتيم واليتيمة مطلقاً وإن أوصى اليه الأب بذلك ما لم يكن قريباً لهما أو حاكماً يملك التزويج ولم يكن ثمة من هو أولى منه .

ولاية السلطان :

٢٨٥ – جاء في المادة ٣٧ من أحكام قدري باشا ما يلي :

« إن لم يكن للعاجز وليّ كان وليّه السلطان ثم القاضي الذي يعينه السلطان » .

أما القانون فقد جعل الولاية للقاضي فقط عند عدم وجود الوليّ من الأقرباء فجاء في المادة ٢٤ منه ما يلي :

« القاضي وليّ من لا وليّ له » .

غيبة الولي :

٢٨٦ – الأصل أن تكون الولاية على الترتيب فلا ولاية للوليّ الأبعد مع وجود الوليّ الأقرب (م ٤٠ قدري باشا) ولكن إذا غاب الوليّ الأقرب ورأى القاضي أن في انتظار رأيه فوات مصلحة العاجز في الزواج انتقلت الولاية لمن يليه في الولاية (م ٢٣ احوال سوري) . ولا يبطل تزويجه بعودة الوليّ الأقرب ، وكذلك إذا كان الأقرب غير اهل للولاية جاز للأبعد ان يتولى تزويج العاجز (م ٤٠ قدري باشا) .

وإذا لم يكن للعاجز سوى وليّ واحد وغاب او كان له اكثر من وليّ وغاب جميع الأولياء انتقلت الولاية إلى القاضي .

الولاية في النكاح عند النصارى :

٢٧٨ – اجاز الروم الأرثوذكس لمن كان في سن التمييز – وهو في الأنثى عقيب إتمام الثالثة عشرة من عمرها ، وفي الذكر عقيب إتمام الخامسة عشرة – عقد الخطبة إذا وافق الوليّ مع مراعاة حال البنية والصحة . (ف ٢ من م ٢ من مشروع الأرثوذكس) .

ويحق للوليّ عندهم بمقتضى ولايته عقد الخطبة واستلام العربون . (م١٧ من نفس المشروع)

واشترطت المادة ٢٩ من نفس المشروع لانعقاد الزواج : رضا الزوجين بملء الحرية إذا كانا وليّي امريهما ، واما من هو تحت الولاية فرضا الأولياء بصراحة او سكوت يقوم مقام الرضا .

واجاز النصارى ولاية الرجال والنساء من الأقرباء دون ولاية الأوصياء فجاء في المادتين ٣٣ – ٣٤ من المشروع الأرثوذكسي للروم :

« الباكر التي بلغت سن الزواج ولم تبلغ سن الرشد يشترط لأجل زواجها رضا ابيها ورضاها ، وعند عدم وجود الأب رضا والدتها ، وعند عدم وجود الوالدة رضا الأقارب ، فإن اختلفوا فالحكم للرئيس .

م ٣٤ : لا يعتد برضا الوصي عند عقد زواج من بلغ سن الزواج وهو تحت قيد الوصاية .

ومنع السريان الأرثوذكس ولاية المرأة ، ولو كانت ام المخطوبة (م ٧ من احوالهم) .

ومنعت المادة ٤٢ من نفس المشروع الأرثوذكسي الوليّ او الوصي من أن يتزوج بمن هي تحت ولايته أو وصايته ، ويسري هذا المنع لابنائها وصغارهما بعد وقوع وفاتها إلا إذا كان أبوها في حياته عقد خطبتها مع أحدهم أو أوصى بتزويجها من أحدهم ، ولا يجوز لأب الوليّ أو الوصي ولا لأخيها القاصر الذي هو تحت ولايتها أو وصايتها التزوج باليتيمة التي لم تبلغ سن الرشد إلا بالحالة السابقة .

ونصت المادة ٤٣ من نفس المشروع على أن الولي وابن الولي يمكنهما التزوج بالابنة التي هي تحت الولاية متى صارت هي ولية أمرها ببلوغها سن الرشد .

ويلاحظ من الأحكام المسيحية بشأن الولاية أن سلطة الولي محدودة في التزويج ولا يطلب منه أكثر من الموافقة على زواج من كان في سن التمييز ، وتبقى للسلطة الكنسية الرأي النهائي في التزويج بغير موافقة الوليّ . ولعلّ هذا يتوافق مع المبدأ الذي قال به الكاثوليك من أنه ليس لأي سلطان بشري أن يعوض عن رضا الزوجين إذا نقص . فالولي لايستطيع أن يعوض عن هذا الرضا ولو كان طالب الزواج تحت ولايته ولم يبلغ سن الزواج بعد . وكذلك إذا حصل الرضا المتبادل من القاصرين فليس للولي الحيلولة دون زواجهما بالامتناع عن الموافقة إلا إذا أخذت السلطة الكنسية رأيه بعين الاعتبار مع أنه لها ألا تعتد به . وقيد الأرمن الأرثوذكس هذا الحق بالمحكمة البدائية الروحية . (م ٢١ من مشروع الأرمن الأرثوذكس) .

وتقدم عند الأرمن الأرثوذكس ولاية الأب ومن ثم ولاية الأم وعند وفاتها تكون الولاية للوصي وعند عدمه تكون للقريب الأدنى فالأدنى . وعند السريان الأرثوذكس تكون الولاية للأب فالجد لأب ثم الأخ فابن

الأخ ثم العم فابن العم ثم الجد لأم ثم الخال فابن الخال ثم مطران الأبرشية أو نائبه . ويقدم فيهم الأقرب درجة فالاقرب ويستوي في ذلك الأخوة والأعمام لأم مع الأخوة والأعمام لأب ، وإذا استووا في الولاية فلمن يفوز في القرعة أو لمن تختاره الخطيبة منهم . ويتولى مطران الأبرشية أو نائبه الخطبة للكاملة سنا التي ليس لها أب أو أقارب على الوجه المتقدم ، أو كان لها أب أو أقارب وكانوا غائبين ، أو كانوا حاضرين فامتنعوا من الولاية عليها عند حصول رغبتها (م ٦ من أحوالهم) .

الولاية في النكاح عند اليهود :

٢٨٨ — أجاز اليهود للصغيرة الزواج بولاية أبيها متى أراد أو متى أرادت أمها أو أحد اخوتها إذا كانت يتيمة ورضيت (م ٢٤ أحكام موسويين) وإذا تزوجت الصغيرة برضا إبيها فليس لها فسخ العقد عند بلوغها سن الرشد ولو أدعت أن زواجها كان بغير موافقتها .

أما اليتيمة التي زوجها أحد اخوتها أو زوجتها أمها فلها الفسخ ببلوغها الرشد فإذا كان زواجها قبل بلوغها بست سنين جاز لها الفسخ بلا اشهاد ، وإن كان زواجها قبل بلوغها بأقل من ذلك فلا بد من الاشهاد ، وتقول أمام شاهدين أنا لا أقبل فلاناً زوجاً لي ولا أريد أن أبقى زوجة له . أو تقول : انني أريد أن أفسخ عقد زواجي . وإذا زوجت نفسها من آخر وقع الفسخ من الأول (م ٢٨ من أحكام موسويين)

والفسخ من الصغيرة يسقط حقها في المهر دون مؤجل الصداق (م ٣١ أحكام موسويين) .

وللقاصر أيضاً حق الفسخ إذا رشد ، إلا أنه إذا اختلى بزوجته بعد

الرشد فلم يعد من حقه الفسخ بل له الطلاق (م ٣٣ أحكام موسويين) .

شروط الأولياء :

٢٨٩ ــ اشترط الفقهاء المسلمون في الوليّ أربعة شروط وهي :

١ ـ الأهليـة

٢ ـ اتحاد الدين

٣ ـ العـدالة

٤ ـ الذكورة

واشترط النصارى أن لايقـل سن الوليّ عن العشرين ، وأن يكون من أبناء الكنيسة عاقلاً حسن الأخلاق وذكراً (م ٧ من قانون الأحوال للسريان الأرثوذكس) .

١ ـ الأهليـة :

٢٩٠ ــ يشترط في الوليّ أن يكون كامل الأهلية بالعقل والبلوغ ، لأن فاقد الأهلية لاعبارة له وناقصها ليس له ولاية على نفسه فمن باب أولى ألا تكون له ولاية على غيره .

٢ ـ اتحـاد الدين :

٢٩١ ــ يشترط في الولاية اتحـــاد الدين بين الوليّ والعاجز ، إذ لا ولاية لغير المسلم على المسـلم ، ولأن ولاية الزواج تتبـع الارث على التعصيب ولا توارث مع اختلاف الدين .

٣ ـ العـــدالة :

٢٩٢ ــ اشترط الشافعي وأحمد العدالة في الأولياء ، وقالا : ليس

للفاسق ولاية التزويج على العاجز لما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال : لانكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل .

والفاسق لا يعتبر مرشداً فلا يجوز أن يكون ولياً ، ولا يؤمن مع عدم عدالته أن لا يحسن الاختيار .

وخالف مالك وأبو حنيفة فلم يشترطا العدالة وأجازا ولاية الفاسق في التزويج وقالا بأن الوليّ ولو كان فاسقاً يختار لموليته الكفء خوفاً من لحوق العار به [١] وقد انعقد اجماع الناس من عهد النبي عليه الصلاة والسلام على عدم منع الفاسق العاقل من تزويج أولاده وبناته [٢]

ونحن لسنا مع رأي المالكية والأحناف في هذا المجال ، لأن اشتراط العدالة ضروري لحسن الاختيار وانتقاء الصالح من الأزواج والزوجات للعاجزين عن الانتقاء . والفاسق قاصر النظر بحق نفسه فكيف يكون بعيده في حق من هم تحت ولايته . وهو غالباً ما يندفع في التصرفات بوحي من عواطفه وشهواته وليس بوحي التفكير في مصالح مولاه وموليته ، وكم من سكير فاسق فاجر لم يحسن الاختيار فزوج ابنته لسكير مثله طمعاً في مال يزيد به فسقه وفجوره ، وكم من أولياء زوجوا بناتهن وهن في ريعان الصبا وعمر الورود من إبن ستين أو سبعين طمعاً في مال أو جاه يشبع شهوات الآباء ويخلف المرارة والألم في قلوب البنات مما يجعل العدالة شرطاً هاماً كان من الواجب ان ينص عليه القانون .

---

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٢
(٢) أحوال ابي زهرة ص ١٣٣

٤ - الذكورة :

٢٩٣ — اتفق الجمهور من الفقهاء على اشتراط الذكورة في الأولياء ولم يخالف إلا أبو حنيفة رحمه الله فأجاز ولاية المرأة .

واتفق الفقهاء على أنه لامانع من أن يكون الوليّ أعمى أو أخرساً شريطة أن يكون كاتباً أوله إشارة معلومة .

في القانون :

٢٩٤ — أخذ القانون بالرأي الراجح عند الأحناف فاشترط للولاية الأهلية والذكورة واتحاد الدين ولم يشترط العدالة .

فجاء في المادتين ٢١ - ٢٢ منه مايلي :

م ٢١ : الوليّ في الزواج هو العصبة بنفسه على ترتيب الارث بشرط أن يكون محرماً .

فاشتراط العصبة يعني اشتراط الذكورة .

واشتراط العصبة على ترتيب الارث يعني اتحاد الدين اذ لاتوارث مع اختلاف الدين .

م ٢٢ : يشترط أن يكون الوليّ عاقلاً بالغاً .

وقد كانت المادة ٣٣ من أحكام قدري باشا قد نصت على أنه يجب أن يكون الوليّ حراً عاقلاً بالغاً مسلماً في حق مسلم ومسلمة ولو فاسقاً .

كما نصت المادة ٣٩ منه على ما يلي :

م ٣٩ : لا ولاية في النكاح ولا في المال لمسلم على ذمي إلا إذا كان سلطاناً أو نائباً عنه .

وللذمي الولاية في النكاح والمال على ذمي مثله .

هل الوليّ شرط لصحة النكاح :

٢٩٥ ـ لقد رأينا سابقاً أن مهمة الوليّ في الزواج أن يقوم باجراء العقد نيابة عمن تحت ولايته لعجز الذي تحت الولاية عن اجراء العقد بنفسه ، ويقدم الأقرب فالأقرب ، ولا يسقط حق الأقرب في الولاية باسقاطه له [١] .

وفي الاجتهاد : أن ولاية الأب لا تسقط باغفاله المطالبة بها [٢] وإذا استوى وليان في القرب فأيهما تولى الزواج بشرائطه جاز (ف ٢ من م ٢٢ من القانون) والأولى تقديم الأفضل فالأسن . فان سبق أي منهما صح .

والوليّ عند الأحناف شرط لصحة نكاح الصغير والصغيرة ومن يلحق بهما من الكبار غير المكلفين (م ٣٤ قدري باشا) كالمجانين والمعاتيه سواء كانت الصغيرة بكراً أم ثيباً ، إلا أنه ليس بشرط لصحة نكاح البالغين العاقلين لامكانهم إجراء العقد بأنفسهم ، ويستحب للمرأة البالغة العاقلة أن تفوض أمر إجراء عقدها لوليّ لما يغلب عليها عادة من الحياء ، واشترطوا بالنسبة للمرأة البالغة العاقلة التي تزوج نفسها من غير وليّ أن يكون زواجها من كفء وبمهر المثل ، وعلى ذلك نصت المادة ٥١ من أحكام قدري باشا التي جاء فيها ما يلي :

م ٥١ : للحر البالغ العاقل التزوج ولو كان سفيهاً بلا توسط وليّ وللمرأة المكلفة أيضاً أن تزوج نفسها بلا وليّ ، بكراً كانت أو ثيباً ، وينفذ نكاحها ويلزم اذا كان الزوج التي تزوجت به كفؤاً لها وكان المهر مهر مثلها .

---

(١) غاية المنتهى ج ٣ ص ٢١
(٢) قرار محكمة النقض السورية بدمشق ـ القانون لعام ١٩٦٠ عدد ٩ ص ٦٠٢

وعند الإمام الشافعي يعتبر الوليّ شرطاً لصحة نكاح العاجزين من الذكور وشرطاً لصحة نكاح جميع النساء صغاراً وكباراً عاجزين أو بالغين وراشدين لما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: لانكاح إلا بولي، ولقوله: أيما امرأة أنكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل [1] فإن زوجت نفسها دون إذن من وليها كان نكاحها فاسداً ويفسخ وعلى الزوج مهر المثل [2] وبه قال مالك أيضاً.

وعند الأحناف إذا زوجت الصغيرة نفسها دون وليّ فأجاز الوليّ جاز النكاح لأن الزواج ثبت باجازة الولي فالتحق بنكاح باشره [3].

٢٩٦ – أما عند النصارى فقد رأينا أن سلطان الأولياء محدود جداً وسلطان الكنيسة أكبر منه بكثير، وهو في حدوده الضيقه لايسري إلا على القاصرين دون البالغين الراشدين.

٢٩٧ – وعند اليهود لاسلطان للوليّ على البالغين الراشدين [4] إلا أن سلطانه على القاصرين أقوى من سلطانه عليهم عند النصارى وقريباً من سلطانه عليهم عند المسلمين.

سلطان ولي القرابة على القاصرين:

٢٩٨ – لاخلاف بين الفقهاء المسلمين على أن الوليّ له أن يزوج فاقد

---

(١) رواه مسلم وغيره.
(٢) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٢٠
(٣) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٣١٤
(٤) جاء في المادة ٣٤ من أحكام الموسويين: لا ولاية ولا سلطة لأحد على العاقدين في حال بلوغهما سن الرشد.

الأهلية أو ناقصها جبراً عنه ودون استئذان لأنه أعلم بمصلحته سواء كانت ناقصة الأهلية بكراً أو ثيباً . وقد خالف الشافعي فقط من ناحية زواج الصغيرة الثيب ، إذ قال بعدم صحة زواجها مطلقاً ، لأنها لاتستطيع زواج نفسها أولاً ولا يستطيع وليها زواجها ثانياً ، لأن تزويج الولي عنده للثيب مرهون باستئمارها وموافقتها على الزواج ، ولا عبارة لها قبل البلوغ حتى يعتد بموافقتها ، فلا تزوج الصغيرة الثيب عند الشافعية حتى تبلغ[1] . وهذا منطق غريب .

وجاء في المادة ٤٤ من أحكام قدري باشا ما يلي :

م ٤٤ : للأب والجد وغيرهما من الأولياء ولاية انكاح الصغير والصغيرة بشروطه جبراً ولو كانت ثيباً وحكم المعتوه والمعتوهة والمجنون والمجنونة شهراً كاملاً كالصغير والصغيرة .

والذي عليه الصاحبان أن الولي يجب أن يعقد بالكفاءة ومهر المثل ، وذلك لأن الولاية إنما شرعت للمصلحة ، ولا مصلحة للقاصر في نقصان المهر أو عدم الكفاءة . أما أبو حنيفة فلم يشترط الكفاءة ومهر المثل إذا كان الولي هو الأب أو الجد أو الابن ولم يعرفوا بالفسق أو سوء الاختيار ، واشترطها فيما عدا ذلك وهو الراجح في المذهب ، فجاء في المادة ٤٥ لقدري باشا ما يلي :

م ٤٥ : إذا تولي الأب أو الجد بنفسه نكاح الصغير والصغيرة ومن يلحق بها من غير المكلفين ، وكان غير معروف قبل العقد بسوء الاختيار مجانة وفسقاً لزم النكاح بلا خيار لهما بعد البلوغ ولو كان النكاح بغبن

---

(١) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٢٤

فاحش في المهر أو بغير كفء . والمجنونة إذا زوجها ابنها الذي هو وليها بغبن فاحش في المهر أو بغير كفء لزمها النكاح ولا خيار لها بعد الافاقة .

وجاء في المادة ٤٦ ما يلي :

م ٤٦ . لو كان الأب أو الجد مشهوراً قبل العقد بسوء الاختيار مجانة وفسقاً وزوج صغيره أو صغيرته بغبن فاحش في المهر أو بغير كفء فلا يصح النكاح أصلاً .

وجاء في المادة ٤٧ ما يلي :

م ٤٧ : اذا كان المزوج للصغير والصغيرة غير الأب والجد ولو القاضي فلا يصح النكاح أصلاً بغير كفء أو بغبن فاحش في المهر .

ويصح بالكفء وبمهر المثل ولكل منهما إذا لم يرض النكاح ولو بعد الدخول خيار فسخه بالبلوغ أو العلم به بعده .

خيار البلوغ والافاقه :

٢٩٩ ــ الأصل أن الولاية مقررة لمصلحة القاصر ، فإذا زال القصر أصبح القاصر أعرف بمصلحته من غيره ، ولذلك فقد اثبت له الفقهاء بعد تمام أهليته حق فسخ الزواج الذي عقده عنه وليه أثناء عجزه .

فإن كان العجز للصغر فله الفسخ بعد البلوغ ، وإن كان لجنون كان له الفسخ بعد الافاقة .

والراجح عند الأحناف أن خيار البلوغ والافاقة لايثبت إلا إذا كان المزوج غير الأب والجد من الأولياء ، وكان الزواج بكفء وبمهر المثل . أما إذا كان النكاح بغير كفء ومهر مثل بولاية غير الأب والجد فلا يصح أصلاً . وإن كان المزوج هو الأب أو الجد فلا خيار

لها بعد البلوغ لأنها كاملا الرأي وافرا الشفقة فيلزم العقد بمباشرتهما كما إذا باشره القاصران برضائها بعد البلوغ .[1]

وجاء في فتح القدير : غلام بلغ عاقلاً ثم جن فزوجه أبوه وهو رجل جاز إذا كان جنونه مطبقاً ، فإن أفاق فلا خيار له ، وإذا زوجه أخوه فله الخيار[2] .

ويتم الفسخ عن طريق الحاكم ، فإن مات أحدهما قبل أن يفسخ الحاكم يرثه الآخر ويلزم كل المهر المرأة أو لورثتها (م ٤٨ قدري باشا) .

٣٠٠ — وقد رأينا أن اليهود أيضاً فرقوا بين زواج الصغيرة بولاية أبيها وبين زواج الصغيرة اليتيمة بولاية أمها أو أحد اخوتها ، فإن زوجت بولاية أبيها فليس لها الفسخ وان زوجت بولاية أمها أو أخيها فلها الفسخ .

٣٠١ — أما عند النصارى فلا خيار ببلوغ سن الرشد أو الافاقة لأن الزواج ينعقد صحيحاً بموافقة الوليّ للقاصرين ويكون فاسداً بالنسبة للمجانين[3] . وقد جاء في المادة ٣٥ للانجيليين أن الزواج يكون باطلاً إذا ثبت أن أحد المتعاقدين لم يكن عاقلاً عند إتمام العقد . ويتم الفسخ عند المسلمين والنصارى أمام الحاكم[4] وعند اليهود بقولها فسخت العقد أمام الشهود .

(١) شرح فتح القدير ج ٢ ص ٤٠٧

(٢) شرح فتح القدير ج ٢ ص ٤٠٧

(٣) المادة ٦٦ من قانون حقوق العائلة العثماني .

(٤) جاء في المادة ٧٨ من قانون حقوق العائلة العثماني بالنسبة لاحكام نكاح المسيحيين : يشترط في الدعوى لأجل الحكم بفسخ النكاح الفاسد التفريق بين الطرفين وحق الدعوى بهذا الخصوص عائد للزوجين فقط ويسقط بمرور سنة من تاريخ الاطلاع على سبب الفساد .

وعند المسلمين إذا بلغت الزوجة وهي بكر واختارت فسخ النكاح كان عليها أن تبادر إلى اختيار نفسها فور بلوغها أو فور علمها بالنكاح إن لم تكن عالمة به ، وتشهد على ذلك ، فإن سكتت عن إختيار نفسها مختارة عالمة بأصل النكاح ، فإن خيارها يبطل بالسكوت ، ولا يقبل عذرها إذا اعتذرت بجهلها الخيار أو الوقت الذي يكون لها الخيار فيه ، ومن ثم ترفع أمرها إلى الحاكم ليفسخ الزواج ، ولا يضر تأخرها في ذلك ما لم ترض مجدداً بالزواج (م ٤٩ قدري باشا) .

أما إذا بلغت ثيباً وسكتت عن اختيار نفسها ساعة البلوغ أو ساعة العلم بالزواج فلا يبطل خيارها بالسكوت وإنما يبطل بالرضا صراحة أو دلالة وكذلك الغلام (م ٥٠ قدرى باشا) .

زواج الصغار في القانون :

٣٠٢ ـ لقد قيد القانون سلطة الأولياء في زواج الصغار ، فمنع زواج الصغير قبل البلوغ وإكماله الخامسة عشرة ، ومنع زواج الصغيرة قبل اكمالها الثالثة عشرة (م ١٨ أحوال) وإذا تزوجا قبل ذلك زواجاً عرفياً فلا يثبت زواجها ولو أنجبا أولاداً حتى بلوغ السن المبينة أعلاه ، وقد جاء في الاجتهاد :

« أن عقد زواج القاصرة قبل بلوغها الثالثة عشرة من العمر فاسد»[1]

وجاء في إجتهاد آخر أيضاً :

---

(١) القانون لعام ١٩٦٨ ـ العدد ٧ ص ٥٣١

« إن الزواج الواقع قبل بلوغ أحد الزوجين سن الخامسة عشرة موجب للفسخ ما لم تصدر إجازة استثنائية »[1]

وفي رأينا أن الاجتهاد قد اخطأ في تفسير القانون ، لأن القانون عندما منع زواج الصغار قبل سن معينة يعني ذلك أنه منع على المحكمة إجراء العقود الزوجية قبل بلوغ الزوجين السن القانونية كما منع على المحكمة تثبيت تلك العقود المعقودة خارج المحكمة ما لم يبلغ الزوجان تلك السن . دون أن يتطرق القانون إلى فساد تلك العقود أو بطلانها مما يوجب الرجوع في ذلك إلى القول الأرجح في المذهب الحنفي بدلالة المادة ٣٠٥ أحوال . حيث يذهب إلى صحة زواج الصغار ، وبذلك فلا يتوجب الفسخ وإنما يبقى هناك مانع قانوني شكلي من التسجيل حيث يزول هذا المانع متى تجاوز الزوجان السن القانونية وان القول بعدم صحة زواج الصغار هو قول عثمان البتي وابن شبرمة وأبو بكر الأصم . ولو أراد القانون العدول عن رأي الأحناف إلى رأي هؤلاء لنص صراحة على عدم جواز هذا الزواج ، بينما جاء النص أن القاضي لا يأذن بالزواج دون بلوغ السن ، وعدم الاذن لا ينافي صحة العقد الشرعي ، لأن اذن القاضي ليس شرطاً لصحة النكاح ، وإلا لكانت جميع العقود الزوجية المعقودة خارج المحكمة الشرعية وبدون اذن القاضي فاسدة وموجبة للفسخ ، وهذا لم تأخذ به المحاكم اطلاقاً .

هل يزوج الوليّ الصغيرة من نفسه :

٣٠٣ — قال الشافعي : لا يجوز للوليّ أن يزوج وليته من نفسه ، قياساً على الحاكم والشاهد ، بمعنى أن الحاكم لا يحكم لنفسه ، والشاهد لا يشهد لنفسه .

(١) م نقابة المحامين ١٩٥٨ — عدد ٤ ص ٩٥

وأجاز ذلك مالك والأحناف ، وسندهم في ذلك أنه عليه الصلاة والسلام تزوج أم سلمة بغير وليّ ، ولم يأخذ بذلك الشافعي لأن الأصل عنده أن أنكحة النبي عليه الصلاة والسلام جاءت على الخصوص فلا يعمم عليها .[1] وذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أنه إذا كانت الولية بالغة ، كما إذا تزوج وليّ ابنة عمه البكر البالغ بغير اذنها فبلغها وسكتت ، فلا يعتبر ذلك رضا لها ، لأن الولي كان أصيلاً عن نفسه فضولياً في جانب وليته ، فلا يتم العقد إلا بتصريحها بالإجازة . أما لو استأمرها في التزويج من نفسه فسكتت جاز[2] . وقد منع النصارى الولي أو الوصي وأصولهما وفروعهما من الزواج بالولية .[3]

سلطان وليّ القرابة على البالغين :

٣٠٤ ـ اتفق الفقهاء بأنه لا سلطان لوليّ القرابة على البالغين العاقلين من الذكور ، وان الولاية لا تبقى إلا على البالغين غير العاقلين سواء كانوا إناثاً أم ذكورا .

أما البالغات العاقلات ففي ذلك خلاف .

فعند الأحناف وفي أحد الأقوال للحنابلة أنه لا تجبر الحرة البالغة على

---

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٦

(٢) رد المحتار ج ٢ ص ٣٠٨

(٣) جاء في المادة ٤٢ من قانون الحق العائلي للروم الارثوذكس : ليس للولي أو الوصي أن يتزوج بمن هي تحت ولايته أو وصايته ، ولا لأبنائهما وصغارهما بعد وقوع وفاتهما الا اذا كان ابوها في حياته عقد خطبتها مع احدهم أو اوصى بتزويجها من احدهم ، ولا يجوز أيضا لأب الولي أو الوصي ولا لاخيهما القاصر الذي هو تحت ولايتهما أو وصايتهما التزوج باليتيمة التي لم تبلغ سن الرشد الا بالحالة السابقة.

النكاح بكراً كانت أم ثيباً ، بل لا بد من استئذانها واستئمارها ، فإن كانت بكراً واستأذنها الوليّ القريب أو وكيله أو رسوله قبل تزويجها ، أو زوجها الوليّ وأخبرها هو أو وكيله أو رسوله أو فضولي عدل وعلمت بالزوج وبالمهر فسكتت عن رده مختارة لا مكرهة أو ابتسمت أو ضحكت غير مستهزئة أو بكت بلاصوت فذلك اذن في صورة استئذانها قبل العقد واجازة بعده .

وقد جاء في الاجتهاد : لا تجبر البالغة على النكاح بكراً كانت أو ثيباً ولا بد من استئذانها .[1]

وإن استأذنها غير القريب من الأولياء وعين لها الزوج والمهر فسكتت أو تبسمت أو ضحكت أو بكت فلا يعد ذلك منها رضى ، بل لا بد من الافصاح بالرضا أو من وقوع ما يدل عليه منها (م ٥٣ قدري باشا) .

أما الثيب فلا يعتبر سكوتها رضا سواء استأذنها القريب أو غير القريب .

ولا بد من ان تعرب عن رضاها صراحة ، أو يقع منها ما يدل على الرضى (م ٥٤ قدري باشا)

ومن زالت بكارتها بعارض أو تعنيس فهي بكر حقيقة كمن فرق بينها وبين زوجها بعنة أو فسخ أو طلاق أو موت بعد خلوة قبل وطء . ومن زالت بكارتها بزنا فهي بكر حكماً ما لم يتكرر منها أو تحد ، فإن تكرر منها أو لم يتكرر وحدت فهي ثيب كالموطوءة بشبهة أو بنكاح فاسد (م ٥٥ قدري باشا) .

---

(١) القانون لعام ١٩٦٦ عدد ٦ ص ٦٤٦

وإذا زوجت البالغة العاقلة نفسها دون استئذان وليها ، انحصر سلطان الوليّ فيما إذا زوجت نفسها من غير كفء أو بمهر أقل من مهر المثل ، فله في الحالة الأولى طلب الفسخ وله في الحالة الثانية زيادة المهر حتى يتم مهر المثل . وإذا كان الوليّ عاصباً وكان الزوج غير كفء فلا بد من رضائه قبل العقد ولا تنفع اجازته بعد العقد وعلى ذلك نصت المادة ٥٢ من احكام قدري باشا فجاء فيها ما يلي :

م ٥٢ : « إذا تزوجت الحرة المكلفة بلا رضى وليها بأقل من مهر المثل صح العقد وللوليّ إذا كان عصبة حق الاعتراض على الزوج حتى يتم مهر المثل إن رضي أو يفسخ الحاكم النكاح وإذا تزوجت بغير كفء لها بلا رضى وليها العاصب صراحة قبل العقد فالنكاح غير جائز أصلاً ولا ينفع رضى الوليّ بعد العقد . وإذا لم يكن لها وليّ عاصب وزوجت نفسها من غير كفء أو كان لها وليّ ورضي بزواجها بغير الكفء فالنكاح صحيح .

أما الشافعية فإن سلطان الولاية عندهم يمتد على النساء إلى ما بعد البلوغ وتمام العقل وفرقوا بين البكر والثيب . فقالوا : إن البكر صغيرة وكبيرة عاقله ومجنونة يزوجها وليها دون إذنها لما روي عن الدارقطني أنه عليه الصلاة والسلام قال : « الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر يزوجها أبوها»[1] وهذا مجمع عليه في الصغيرة . ويشترط لصحة ذلك كفاءة الزوج ويساره ، فلو زوجها من معسر لم يصح لأنه بخسها حقها وكذلك لوزوجها من غير الكفء ، واشترطوا أيضاً ألا تكون عداوة ظاهرة بين الوليّ وموليته وإلا وجب عليه استئذانها ، ووافقه مالك وأحمد على أحد قوليه وابن أبي ليلى .

(١) رواه الجماعة الا البخاري .

ويستحب للولي استئذان وليته إن كانت بالغة عاقلة لقوله عليه الصلاة والسلام « والبكر يستأمرها أبوها »[1] أما الصغيرة فلا اذن لها ، وقال بعضهم : يندب استئذان الصغيرة المميزة لاطلاق الخبر ، ولأن بعض الأئمة أوجب استئذانها أما الثيب العاقلة البالغة فليس للولي تزويجها إلا بأذنها لما روى مسلم : « الثيب أحق بنفسها من وليها » ولكن ليس لها إجراء العقد بنفسها لأنه لا تزوج عندهم المرأة نفسها ولو كان ذلك بإذن من وليها أو وكالة منه [2]

وتزول البكارة عندهم بالوطء سواء كان ذلك بحلال أم حرام خلافاً لماذهب اليه الأحناف وفصلناه فيما سبق .

وتبقى البكارة حكماً اذا زالت بلا وطء كسقطة وحدة حيض وأصبع [3] وقد أخذ القانون برأي الأحناف في هذا المجال من ناحية عدم اشتراط موافقة الولي لصحة عقد زواج البالغات العاقلات فنص في المادة ٢٠ منه على ما يلي :

م ٢٠ : الكبيرة التي أتمت السابعة عشرة اذا أرادت الزواج يطلب القاضي من وليها بيان رأيه خلال مدة يحددها له ، فاذا لم يعترض أو كان اعتراض غير جدير بالاعتبار يأذن القاضي بزواجها بشرط الكفاءة .

وعدل القانون عن رأي الأحناف من ناحية عدم جوار العقد اذا زوجت نفسها مع معارضة وليها من غير الكفء ، فقرر جوازه الأ أنة

---

(١) رواه الجماعة الا البخاري .
(٢) نهاية المحتاج ج ٢ ص ٢١٩ — ٢٢٤
(٣) نهاية المحتاج ج ٢ ص ٢٢٥

أعطى الولي حق طلب فسخ النكاح بسبب عدم الكفاءة . فنصت المادة ٢٧ على ما يلي :

م ٢٧ : اذا زوجت الكبيرة نفسها من غير موافقة الولي ، فان كان الزوج كفؤاً لزم العقد والا فللولي طلب فسخ النكاح .

عضل الأولياء :

٣٠٥ ـ عضل الأولياء هو أن يمتنع الولي دون سبب شرعي من تزويج وليه أو وليته من كفء وبمهر المثل اضراراً بهما اذا أرادا وقد منع الله سبحانه وتعالى عضل الاولياء فقال جل شأنه « واذا طلَّقتُم النِّساءَ فبلَغْنَ أجلَهُنَّ فلا تعضُلُوهُنَّ أن يَنْكِحْنَ أزْواجَهُنَّ ». (بقرة ٢٣٢)

فاذا عضل الولي ورفعت المرأة أمرها الى القاضي انتقلت الولاية في الزواج عليها من وليها الى القاضي ، الذي يحق له أن يزوجها من كفء وبمهر مثل باتفاق الفقهاء وعلى ذلك نصت المادة ٤١ من أحكام قدري باشا التي جاء فيها ما يلي :

م ٤١ : اذا عضل الأقرب وامتنع من تزويج الصغيرة فليس للأ بعد ولاية تزويجها بل يزوجها القاضي أو نائبه بطريق النيابة عن العاضل ولو كان أباً للصغيرة اذا تحقق للقاضي أن امتناعه كان بغير سبب معقول وأن الزوج كفء لها والمهر مهر مثلها ، وليس لأحد نقض النكاح الذي عقده القاضي أو نائبه ولو لم يكن التزويج منصوصاً عليه في منشوره .

فان كان امتناع الأقرب من تزويجها لكون الزوج غير كفء لها أو لكون المهر دون مهر المثل فلا يعد عاضلاً ولا يجوز للقاضي أن يزوجها.

هذا من ناحية عضل الولي للنساء أما من ناحية عضلة للذكور فيقاس على عضل النساء . فاذا كان المولى مجنوناً ، وثبت بتقرير طبي أن في زَواجه شفاء له ورفض الولي تزويجه انتقلت الولاية عليه للقاضي الذي له أن يزوجه .

سلطان ولاية القاضي :

٣٠٦ – القاضي وليّ من لا وليّ له ، ولذلك فهو يملك تزويج القاصرين في حالة عدم الوليّ أو غيابه أو عضله أو احرامه وعند الشافعية نكاح الوليّ من موليته يكون للقاضي .

وقد نظم بعضهم في سلطان القاضي شعراً :

خمس محررة تقرر حكمها فيها يرد الأمر للحكام
فقد الوليّ وعضله ونكاحه وكذلك غيبته مع الاحرام[1]

إلا أنه ليس للحاكم سلطان على موليته ليزوجها من نفسه أو من أصوله أو فروعه وعلى ذلك نص القانون ، فجاء في المادة ٢٥ منه مايلي:

م ٢٥ : ليس للقاضي أن يزوج من له الولاية عليه من نفسه ولامن أصوله ولا من فروعه .

الولاية في قوانين البلاد العربية

٣٠٧ – جاء في الفصل الثامن من مجلة الأحوال الشخصية التونسية أن الوليّ هـو العاصب بالنسب ويجب أن يكون عاقلاً ذكراً رشيداً ، والقاصر ذكراً كان أو أنثى وليه وجوباً أبوه او من ينيبه ، والحاكم وليّ من لا وليّ له .

---

(١) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٢٩

وجاء في الباب الثالث (الفصل الحادي عشر) من مدونة الأحوال الشخصية المراكشية في باب الولاية في الزواج أن الوليّ في الزواج الابن ثم الأب أو وصية ثم الأخ فابن الأخ فالجد للأب فالأقربون بعد بالترتيب ويقدم الشقيق على غيره ، فالكافل ، فالقاضي فولاية عامة المسلمين بشرط أن يكون ذكراً عاقلاً بالغاً .

وجاء في الفصل الثاني عشر أن الولاية حق للمرأة ، فلا يعقد عليها الوليّ إلا بتفويض من المرأة على ذلك ، إلا في حالة الاجبار المنصوص عليها فيما يلي :

١ – لا تباشر المرأة العقد ولكن تفوض لوليها أن يعقد عليها .

٢ – توكل المرأة الوصي ذكراً تعتمده لمباشرة العقد على من هي تحت وصايتها .

٣ – لا يسوغ للوليّ ولو أباً أن يجبر ابنته البالغة ولو بكراً على النكاح إلا بإذنها ورضاها ، إلا إذا خيف على المرأة الفساد فللقاضي الحق في إجبارها حتى تكون في عصمة زوج كفء يقوم عليها .

وجاء في الفصل ١٣ : إذا أعضل الوليّ المرأة أمره القاضي بتزويجها، فإن امتنع زوجها القاضي بصداق أمثالها لرجل كفء لها .

وجاء في المادة السابعة من قانون حقوق العائلة الأردني أن الوليّ في النكاح هو العصبة بنفسه على الترتيب المبين في مذهب أبي حنيفة .

ونصت المادة الثامنة من نفس القانون على أنه يشترط في أهلية الوليّ للنكاح أن يكون مكلفاً شرعياً ، فلا ولاية للمجنون والمعتوه على أحد أصلاً.

أما قانون الأحوال العراقي فلم يتعرض لأحكام الولاية على أهميتها البالغة ، وقد كان حقوق العائلة العثماني قد نص عليها في مواده ٨ – ١١ وهي كما يلي :

م ٨ : إذا طلبت الكبيرة التي أتمت السنة السابعة عشرة من العمر أن تتزوج بشخص فالحاكم يبلغ ذلك لوليها ، وإذا لم يعترض الوليّ أو رؤي أن اعتراضه غير وارد يأذن بزواجها .

م ٩ : لا يجوز نكاح المجنون والمجنونة إذا لم يكن مبنياً على ضرورة ، وإذا وجدت ضرورة يعقد الولي النكاح باذن الحاكم .

م ١٠ : الوليّ في النكاح هو العصبة بنفسه على الترتيب .

م ١١ يشترط في أهلية الوليّ للولاية أن يكون مكلفاً ، فلا ولاية للصبي والمجنون والمعتوه على أحد أصلاً .

الكفـــاءة

٢٦٦ ـ الكفاءة لغة هي المساواة

والمراد بها في الزواج المساواة بين الزوجين في أمور مخصوصه يعتبر الاخلال بها مفسدا للحياة الزوجية [١].

وهي معروفة عند المسلمين وغير المسلمين ، والأصل فيها عند المسلمين قوله عليه الصلاة والسلام : تخيروا لنطفكم ، وأنكحوا الأكفاء » .

ولا يخلو هذا الحديث مع جميع أحاديث الكفاءة الأخرى من ضعف ولذلك ذهب الامام مالك رضي الله عنه والكرخي والجصاص من فقهاء الأحناف الى عدم اشتراط الكفاءة بين الأزواج ، فكل مسلم كفء لكل مسلمة ، والناس جميعاً متساوون [٢].

وقال الحنابلة : العرب من قرشي وغيره بعضهم لبعض أكفاء وسائر الناس بعضهم لبعض أكفاء [٣].

اعتبار الكفاءة في العقد :

٢٦٧ ـ أفتى المتأخرون من الأحناف بأن الكفاءة : شرط لصحة الزواج ، وعلى ذلك نص قدري باشا في أحكامه فجاء في المادة ٥٢ أنه أذا

---

(١) أحوال أبي زهرة ص ١٤٣
(٢) أحوال السباعي ص ١٦٧
(٣) غاية المنتهى ج ٣ ص ٢٩

تزوجت الحرة المكلفة بغير كفء لها بلا رضا وليها العاصب صراحة قبل العقد ، فالنكاح غير جائز أصلًا ولاينفع رضى الولي بعد العقد .

ولكن الذي عليه الشافعية والحنابلة وبعض فقهاء الأحناف أن الكفاءة شرط لزوم وبهذا أخذ القانون السوري خلافاً لقدري باشا فنص في المادة ٢٦ على مايلي :

م ٢٦ : يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفؤاً للمرأة .

ونصت المادة ٢٧ على مايلي :

م ٢٧ : اذا زوجت الكبيرة نفسها من غير موافقة الولي ، فإن كان الزوج كفؤاً لزم العقد ، وإلا فللولي طلب فسخ النكاح .

لمن حق الكفاءة :

٢٦٨ — ذهب الجعفرية الى أن الكفاءة من حق المرأة فقط ، وقالوا بأن الكبيرة والرشيدة لها أن تعقد زواجها من غير اذن وليها ورضاه وبأقل من مهر المثل . ولو تزوجت بغير كفء أو بكفء بغير رضا وليها قبل العقد ، فالزواج يكون نافذاً ولكنها تكون آثمة ، اذ يعتبر عملها ذلك عقوقاً منها أو قطيعة رحم [1] .

أما عند أكثر الفقهاء فهي حق للمرأة والولي على حد سواء وبذلك أخذ القانون فجاء في المادة ٢٩ منه ما يلي :

م ٢٩ : الكفاءة حق خاص للمرأة وللولي

ولذلك فإذا اشترطت الكفاءة حين العقد أو أخبر الزوج أنه كفء

---

(١) شرح الاحوال لخروفة ج ١ ص ١٩٣

ثم تبين أنه غير كفء كان لكل من الوليّ والزوجة طلب فسخ العقد (م ٣٢ أحوال)

وتراعى الكفاءة عند العقد ولا يؤثر زوالها بعده (م ٣١ أحوال)

ولا تعتبر الكفاءة إلا من جانب الزوج لا من جانب المرأة فيجوز أن تكون المرأة أدنى من زوجها بشروط الكفاءة (م٦٢ قدري باشا)

متى يسقط حق الفسخ لعدم الكفاءة :

٢٦٩ — يسقط حق الفسخ لعدم الكفاءة برضاء المرأة والوليّ فإذا لم يرضيا فلا يسقط حق الفسخ إلا إذا حملت المرأة . وعلى ذلك نص القانون في المادة ٣٠ التي جاء فيها ما يلي :

م ٣٠ : يسقط حق الفسخ لعدم الكفاءة إذا حملت المرأة .

الكفاءة عند النصارى :

٢٧٠ — لم تشترط الكفاءة بصورة صريحة عند الزواج لدى النصارى وإنما يستخلص من تعاليمهم أن الكفاءة يجب أن تكون ملحوظة ضمناً . إلا أنها على نطاق أضيق من النطاق الذي قررها فيه المسلمون ، وغالباً ما يعترض على الكفاءة عندهم قبل العقد ولا قيمة للاعتراض إلا إذا قبلته الكنيسة . وقد خول قانون الحق العائلي للروم الأرثوذكس في مادته ٥٤ من كان ولياً على واحد من المطلوب اكليلها عند عدم وجود أحد من الأقارب ذوي الصلة القربى وكذلك اخوهما وأختهما بإيضاح عدم كفاءة الطرفين أو أحدهما للمحاكم الكنيسة . ويكون ذلك قبل إجراء الإكليل ويتوقف بذلك الإكليل على قرار المحكمة بالموافقة عليه .

وأجاز قانون الأحوال الشخصية للسريان الأرثوذكس في مادته الثانية عشرة فسخ الخطبة إذا وجد في أحد المتعاقدين عاهة لم يكن قد اطلع عليها الآخر .

وأجاز قانون الأحوال الشخصية للانجيليين فسخ الخطبة إذا حكم على أحد الخطيبين بالتهتك أو بدعوى تتعلق بالعفاف إذا كان التهتك أو الجرم المتعلق بالعفاف وقع قبل الخطبة واخفاه الخطيب المسبب عمداً عن الخطيب الآخر عند الخطبة أو إذا كان وقع بعد الخطبة (م ١٦) .

وعند السريان الأرثوذكس يفسخ الزواج إذا كانت الزوجة قد انتحلت صفة البكارة وظهرت بعد الدخول بها أنها ثيب بشهادة طبية مصدقة رسمياً (م ٥٤ من قانونهم).

وهذا كله يدل على أن الكفاءة مطلوبة عند النصارى إلا أنها ليست بالشكل المطلوبة فيه عند المسلمين . وأن أحكامها ملحوظة بصورة متفرقة في قوانينهم وإن كانوا لم يفردوا لها أحكاماً خاصة مستقلة ومعلنة كما هي عند المسلمين .

الكفاءة عند اليهود :

٢٧١ ـ الكفاءة معتبرة عند اليهود وهي أحياناً تتعدى الزوجين إلى عائلتيهما .

فقد أباح قانون الموسويين لأحد الخطيبين أن ينقض الخطبة دون غرامة إذا ثبت شرعاً على عائلة الآخر ارتكاب الفحشاء أو إذا اعتنق قريب لعائلة الآخر ديانة أخرى أو مذهباً آخر غير اليهودية (م ٣-٤) وهذا يعني تحميل وزر الغير إلى الخاطب وإن كان لا علاقة له به) .

ونصت المادة ١٥٨ من أحكامهم على أنه إذا ظهر أن المرأة معيبة بحيث لا تليق للرجال فليس لها عند الطلاق إلا ما دخلت به فإذا هي ادعت اللياقة فحصت شرعاً وبقيت بلا نفقة حتى يتم الفحص. واعتبر القانون أن كل زيادة أو نقص أو تلف أو فساد أو أي رائحة كريهة في المرأة هو عيب شرعي (م ١٦٠) وكذلك وجودها ثيباً مع إدعائها البكارة .

وكل ذلك يبيح للزوج الطلاق مع إسقاط مهرها الشرعي .

وأما من ناحية كفاءة الرجل للمرأة فقد أجاز القانون للمرأة طلب الطلاق إذا وجدت بزوجها رائحة كريهة في أنفه أو فمه أو لأنه اشتغل دباغاً وما أشبه إلا إذا علمت بالرائحة والحرفة ورضيت فليس لها طلب الطلاق . وإذا مات الرجل بلا عقب وكان أخوه معيباً مثله في رائحته أو حرفته فلها شرعاً أن ترفض الزواج به وعليه ابراؤها ولا تسقط حقوقها (مواد ٢٠٦ ــ ٢٠٩ من احكام الموسويين) .

الصفات التي تطلب فيها الكفاءة عند المسلمين :

٢٧٢ ــ لم يحدد قانون الأحوال الشخصية صفات معينة يجب توفرها لاعتبار الكفاءة وإنما ترك ذلك لعرف البلد ، فما تعارف الناس على وجوب التكافؤ به من الصفات كان هو المطلوب قانوناً . وعلى ذلك نصت المادة ٢٨ من القانون فجاء فيها ما يلي :

م ٢٨ : العبرة في الكفاءة لعرف البلد .

وربط الكفاءة بالعرف لا نؤيده ، لأن ذلك يقضي على الأهداف

الاصلاحية التي يجب أن تتوفر في نصوص القانون ، ويساعد على تكريس العادات السيئة والأفكار البالية المتأصلة في المجتمع .

أما المعتبر من الكفاءة عند فقهاء الأحناف على ما عددته المادة ٦٣ من أحكام قدري باشا هو ما يلي :

« ان يكون الزوج كفؤاً للمرأة نسباً إن كانا عربيين اصلاً ، وإسلاماً ومالاً وصلاحاً وحرفة سواء أكانا عربيين او غير عربيين ».

وخصال الكفاءة عند الشافعية خمس وهي :

١ ـ السلامة من العيوب

٢ ـ الحرية

٣ ـ النسب

٤ ـ العفة

٥ ـ الحرفة [١]

ونبين فيما يلي الخصال التي اعتمدها المذهبان الحنفي والشافعي بشيء من التفصيل .

١ ـ النسب :

٢٧٣ ـ اتفق فقهاء المذهبين الحنفي والشافعي على اعتبار النسب من الصفات المطلوبة في الكفاءة ، فالعجمي ليس كفؤاً للعربية ، والقريشي كفء لكل عربية ولا عكس ، والعرب بعضهم لبعض اكفاء ، لما روي عنه عليه الصلاة والسلام انه قال : قريش بعضهم اكفاء لبعض ،

---

(١) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٥١ ـ ٢٥٤

بطن ببطن ، والعرب بعضهم اكفاء لبعض قبيلة لقبيلة ، والموالي بعضهم اكفاء لبعض رجل برجل [1]

وقال الشافعي : الأصح اعتبار النسب في العجم كالعرب قياساً عليهم، فالفرس افضل من النبط وهكذا [2]

٢ ـ الحرية :

٢٧٤ ـ الحرية معتبرة في الكفاءة فلا كفاءة بين عبد وحرة ، ومن كان معتقاً ليس كفؤاً لمن كان أبوها حراً ، وقال ابو يوسف : من له اب واحد في الحرية كفء لمن لها آباء .

٣ ـ الاســلام :

٢٧٥ ـ وهو معتبر عنـد الموالي فقط لأن فخرهم بالاسلام وليس بأقوامهم ويروي أنه عندما تفاخر الصحابة بأنسابهم قال لهم سلمان الفارسي رضي الله عنه متفاخراً ، أنا إبن الإسلام ، فبلغ ذلك عمراً فبكى وقال : وأنا ابن الإسلام ، وأنا إبن الإسلام ، وأنا إبن الإسلام . فمن أسـلم بنفسه ليس كفؤاً لمن لها آباء في الإسلام وهكذا .

٤ ـ المــال :

٢٧٦ ـ المال معتبر في الكفاءة عند الأحناف فقط ، واكتفى فقهاؤه أن يكون الزوج قادراً على المهر والنفقة ، أما اليسار فليس جميع فقهاء الحنفية على اعتباره ، وعند الشافعية لايعتبر المال لأنه ظل زائل وحال حائل وطود مائل ، ولا يفتخر به أهل المروءات والبصائر [3] .

---

(١) شرح فتح القدير ج ٣ ص ٤٢٠ وقد طعن علماء الحديث بسند هـذا الحديث وجاء في نيـل الاوطار للشوكاني أنه لـم يثبت في اعتبـار الكفاءة حديث صحيح .

(٢) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٥٢

(٣) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٥٥

٥ - الحرفة :

٢٧٧ - الكفاءة في الحرفة اشترطها أحمد والشافعي وأبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة ، لاتشترط الكفاءة في المهنة ، وقد رأينا أنها معتبرة عند اليهود .

والذي عليه الجمهور أن من كان أبوه كناساً ليس كفؤاً لمن كان أبوها خياطاً وهكذا ، لأن المهن عندهم تتفاوت دناءة أو رفعة حسب العرف .

٦ - العلم والصلاح :

٢٧٨ - ذهب جمهور الفقهاء إلى اشتراط الكفاءة في العلم والصلاح فلا كفاءة بين تقية متدينة عفيفة وبين فاجر فاسق متحلل .

قال تعالى : أَفَمَنْ كَانَ مُؤْمِناً كَمَنْ كان فاسِقاً لايَسْتَوُونَ .

والجاهل ليس كفؤاً للعالمة ، لأن العلم معتبر في آبائها وهو من باب أولى أن يعتبر فيها . وجاء في الحاشية : أن شرف العلم أقوى من شرف النسب [١] .

وعلى ذلك نص قدري باشا في المادة ٦٥ من أحكامه فجاء فيها ما يلي :

م ٦٥ : شرف العلم فوق شرف النسب ، فغير العربي العالم كفء للعربية ولو كانت قرشية ، والعالم الفقير كفء لبنت الغني الجاهل .

٧ - السلامة من العيوب :

٢٧٩ - السلامة من العيوب معتبرة في الكفاءة عند الشافعية وليست معتبرة عند الأحناف ، وقد رأينا اعتبارها عند النصارى واليهود .

وعلى رأي الشافعية : من كان به جنون أو جذام ، أو برص أو

---

(١) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٣٣١

جب أو عنة لا يكافيء المرأة ولو كان فيها ما يقابل ذلك ، أما العيوب الأخرى التي لاتثبت الخيار كالصمم والعمى فليس لها اعتبار بالكفاءة ، وأفتى بعض مشايخ الشافعية بأن الشيخ ليس كفؤاً للشابة [1]

رأينا في الكفاءة :

٢٨٠ ـ لقد قال علماء الحديث بأنه لم يصح في الكفاء حديث عن رسول الله ﷺ ، ولذلك فإن مدار اعتبار الكفاءة يتعلق بالمصلحة ، فإن كانت مصلحة البناء الاجتماعي والسعادة الزوجية تتطلبها كانت الكفاءة مشروعة ، وإن كانت لا تتطلبها فلا مشروعية لها . لأن عند عدم النص فإن الأحكام الشرعية تدور مع المصلحة ، ولا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان ، وقد مضى الوقت الذي كان يتفاخر به العرب بأنسابهم كما مضى الوقت الذي كانت تؤثر فيه مثل تلك المفاخرات على الحياة الزوجية ، وأصبح الزوجان ينظران إلى الحياة المشتركة بينهما نظرة تختلف كل الاختلاف عن نظرة الزوجين القديمين . وأصبح التماثل في الطباع والتفاهم المشترك والتقارب في المستوى العلمي والسمو الخلقي هو ما يجب أن يعتبر في الكفاءة انسجاماً مع ركب الحضارة وروح العصر والتطور ، وقد صدق عليه الصلاة والسلام حين قال :

إذا خطب اليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه .

وهذا الذي كان يجب أن ينص عليه القانون في معرض الكفاءة بدلاً من عرف البلد ، لأن الأعراف فيها الفاسد والصالح ، وأن من أولى مهام القانون محو الأعراف الفاسدة واحلال القواعد القانونية الصالحية . ولا

---

(١) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٥١

يزال العرف في المجتمعات المتخلفة يعتبر المال مقياساً هاماً في الكفاءة ،أو بالأحرى ثمناً للتغاضي عن الكفاءة ، فكثيراً مايغطى الفاسق الفاجر نقص كفاءته بمبلغ من المال يدفعه إلى ولي" الفتاة فيشتري بذلك رضاءه وسكوته . فتصبح بذلك المرأة سلعة يبيعها الأوليـاء للأغنياء بغض النظر عن الـدين والأخلاق . وان الكفاءة التي اشترطها الفقهاء صيانة لكرامة المرأة انقلبت الآن وبالاً عليها وأي وبال . وقد لاحظ قضاة محكمة النقض السوريـة هذا الأمر ، فجاء في أحد الاجتهادات ما يلي .

« يشترط في الزواج الكفاءة ، فلا يجوز تقييد الموافقة عليهـا بمنافع مادية لمصلحة الأب » [1]

ولكن الملاحظ بصورة عامة أنه عندما يحصل الدفع لايرفع الأمر إلى القضاء ، ولا يوجد ضمانة لهذا الاتجار بالنساء إلا بتزكية النفوس وتربيتها تربية خلقية وإسلامية صحيحة ، فيصبح الوازع الديني خـــير رقيب على تلك التصرفات .

---

(١) القانون لعام ١٩٦٦ ـ العدد ٧ ص ٦٧٤

الباب الرابع

ويحتوي :

المحارم من النساء

المحارم من النساء

المحارم من النساء هي كل امرأة يحرم على الرجل شرعاً الزواج منها بسبب وجود مانع شرعي محرِّم .

وتنقسم المحرمات إلى قسمين :

١ ـ محرمات مؤبدة

٢ ـ محرمات مؤقتة

١ ـ المحرمات حرمة مؤبدة :

٣٠٨ ـ المحرمات حرمة مؤبدة هي كل امرأة فيها سبب من أسباب التحريم غير قابل للزوال مطلقاً ، ولا يجوز للرجل الزواج بها أبداً .

وتحرم المرأة تأبيداً لأحد الأسباب التالية :

آ ـ النسب

ب ـ المصاهرة

جـ ـ الرضاع

د ـ وأضاف عليها القانون التونسي في الفصل ١٥ التطليق ثلاثاً أما القانون المغربي فقد أضاف سببين وهما وطء العاقد في العدة واللعان . (فصل ٢٥) .

والواقع أن الأسباب المضافة في القانونين المغربي والتونسي تدخل

شرعاً في نطاق المحرمات المؤقتة ، إذ لاتحرم المطلقة ثلاثاً ولا الموطوءة في العدة ولا المرأة الملاعنة حرمة مؤبدة على الراجح من الآراء .

٣٠٩ ــ وأضاف النصارى إلى تلك الموانع مانع القرابة الروحية (المعمودية) ومانع القرابة من التبني الرسمي ومانع الحشمة عند الكاثوليك وكذلك مانع الزنا مع وعد الزواج (قانون ٣١ كاثوليك) والتعاون على قتل الزوج (قانون ٦٥ كاثوليك) .

٣١٠ ــ أما اليهود فقد أضافوا تحريماً خاصاً بالكهنة ، فحرموا على الكاهن التزوج بالمطلقة منه أو من غيره ، وبالزانية ، فإذا تزوج أجبر على الطلاق وإذا أعقب كان النسل خارجاً عن الكهنوت والمرأة من هذا النسل لاتحل لكاهن (م ٤٦ من أحكامهم) ولم ينصوا على مانع الرضاع ، وقد ورد مانع الرضاع عند طائفة واحدة من طوائف النصارى هي طائفة السريان الأرثوذكس .

آ ـ النسب :

٣١١ ــ أجمعت الشرائع السماوية الثلاث على أن النسب سبب من أسباب التحريم المؤبد :

وفي الإسلام يحرم على الرجل من ناحية النسب النساء السبعة المذكورات في القرآن الكريم وهنّ : الأمهات والبنات والأخوات والعمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت لقوله تعالى : «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ » (نساء ٢٣)

وأتفق الفقهاء : على أن الأم : تعني الأصل الرحمي مهما علا أي تعني الأم والجدة وأم الجدة وهكذا .

وأن البنت : تعني الفرع مهما نزل أي أنها تعني البنت وبنت البنت وبنت الإبن وهكذا .

وأن الأخت : تعني فرع لأحد أبوي الرجل أو لكليهما .

وأن العمة : اسم لكل انثى هي أخت لأبي الرجل ولكل ذكر له على الرجل ولادة كالجد .

وأن الخالة : اسم لكل انثى هي أخت لأم الرجل أو أخت لكل انثى لها على الرجل ولادة كالجدة .

وأن بنت الأخ : اسم لفروع الأخ مهما نزل :

وأن بنت الأخت : اسم لفروع الأخت مهما نزل [1] .

وعلى ذلك يمكن القول أنه يحرم على الرجل من النسب أربعة أنواع وهي :

١ - أصوله مهما علوا كأمه وأم أمه وهكذا .

٢ - فروعه مهما نزلوا كبنته وبنت بنته وبنت إبنه وهكذا .

٣ - فروع أبويه مهما نزلوا كأخته وبنت أخته وبنت أخيه وهكذا .

٤ - الطبقة الأولى من فروع أجداده كعمته وخالته وعمة ابيه وخالة أبيه وهكذا .

وهذا ما نصت عليه المادة ٣٣ من القانون فجاء فيها ما يلي :

---

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٢

م ٣٣ : يحرم على الشخص أصوله وفروعه وفروع أبويه والطبقـــة الأولى من فروع أجداده .

مانع النسب عند النصارى :

٣١٢ ـ يختلف مانع النسب عند النصارى باختلاف مذاهبهم .

وقد اتفقوا على أن القرابة الدموية على خط مستقيم تمنع الزواج بين ذويها إلى مالا نهاية أي قرابة الأصول والفروع [١] كالأم والجدة والإبنة وإبنة الإبنة وهكذا .

واختلفوا في القرابة بخط منحرف . فـذهب الروم الأرثوذكس إلى أن القرابة الدموية على خط منحرف تمنع الزواج حتى الدرجة الخامسة ، بينما هي عند الكاثوليك حتى الدرجة السادسة ويتعدد مانع الزيجة كلما تعدد الأصل الجامع (قانون ٦٦ كاثوليك) . [٢]

وعند السريان والأرمن الأرثوذكس حتى الدرجة الرابعة فالزواج ممنوع بين أولاد الأخوين أو أولاد الأختين .

أما عند الانجيليين فهو مشابه لما عند المسلمين [٣] .

مانع النسب عند اليهود :

٣١٣ ـ قرابة التحريم عند اليهود نوعان : نوع لاينعقد فيه العقد ولا يحتاج

---

(١) الزواج لاغ في الخط المستقيم من القرابة الدمـوية بين كـل الاقارب الصاعدين والنازلين شرعيـين كانوا أم طبيعيين (ق ٦٦ كاثوليك) .

(٢) في الخط المستقيم عدد الدرجات بقدر الاشخاص ما عدا الاصل وفي الخط المنحرف عددها بعدد الاشخاص في كلا الجانبين ماعدا الاصل وتسمى الدرجة وجها عند الكاثوليك وبطنا عند الارمن الارثوذكس .

(٣) الا أنهم اقتصروا في قرابة الفروع على تحريم الزواج ببنت الابن وبنت البنت دون النزول أكثر مـن ذلك .

إلى طلاق والأولاد لا يعدون شرعيين . ونوع يكون فيه العقد باطلاً ويجبر الرجل على الطلاق ولا يعد أولاده غير شرعيين .

ويحرم من النوع الأول : الأم والبنت وبنت البنت وبنت الإبن والأخت والعمة والخالة .

ويحرم من النوع الثاني : الجدة وبنت بنت البنت وبنت ابن الإبن وبنت بنت البنت وبنت إبن البنت وجدة الجد .

ولا يقاس في المحرمات بنوعيها فهن مستثنيات حصراً علون أو سفلن وما عداهن حلال .

ويحرم التزوج بغير الشرعيين ذكوراً وإناثاً من محرمات النوع الأول فإذا حصل التزوج مع ذلك اكره الزوجان على الطلاق ، وإذا ولدا عدت أولادهما أيضاً غير شرعيين (م ٤٤ أحكام موسويين) .

٢ - المصاهرة :

٣١٤ - يحرم من المصاهرة عند المسلمين ستة أنواع :

١ - زوجة أصل الرجل كزوجة أبيه أو جده سواء كان الجد لأبيه أو لأمه لقوله تعالى : « ولا تَنْكِحُوا ما نَكَحَ آباؤُكُمْ من النِّساءِ إلاّ ما قَدْ سَلَفَ إنَّهُ كانَ فاحِشَةً ومَقْتاً وساءَ سبيلًا (نساء ٢٢) .

٢ - زوجة فرعه : كزوجة ابنه وابن ابنه أو ابن بنته لقوله تعالى « وَحلائِلُ أبنائِكُمْ الّذينَ مِنْ أصلابِكُم » (نساء ٢٣) .

٣ - موطوءة الأصل أو الفرع ولو عن طريق الزنى .

٤ - أصل زوجته كأمها وأم أمها وهكذا علواً لقوله تعالى (وَأمَّهاتُ نِسائِكُمْ » (نساء ٢٣)

٥ ـ فروع زوجته المدخول بهـا كابنتها وابنة ابنتها وبنات أبنائها وهكذا نزولاً . فإن لم يدخل بها وانما طلقها بعد العقد وقبل الدخول فلا تحرم عليه فروعها لقوله تعالى : « .. وَرَبائِبُكُمُ اللاَّتي في حُجُورِكُمْ مِنْ نِسائِكُمُ اللاَّتي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلاَ جُناحَ عَلَيكُمْ » (نساء ٢٣) .

والربيبة هي بنت زوجة الرجل من غيره . وهذا هو المقصود من قول الفقهاء (الدخول بالأمهات يحرم البنات والعقد على البنات يحرم الأمهات ،

٦ ـ أصل موطوءته وفرعها سواء كان الوطء من حلال كوطء شبهه أو من حرام كزنى وهذا على رأى الأحناف .

وقال الشافعي ومالك : إن الزنى لا يحرم نكاح أم المزنى بها ولا ابنتها ولا نكاح أبي الزاني ولا ابنه ، وروي عن الليث قوله : إن الوطء بشبهة لا يحرم[1] واختلف الفقهاء فيما يقوم مقام الوطء من قبلة أو خلوة أو مس بشهوة ، هل تحرم كما يحرم الدخول الحقيقي أم لا . والذي عليه الأحناف أنها تحرم ، لأنه يقوم عندهم السبب الداعي إلى الشيء مقام الشيء من باب الاحتياط .

فلو قبل الرجل بشهوة أم زوجته أو ابنتها من غيره حرمت عليه زوجته حرمة مؤبدة . وجاء في فتح القدير (من مسته امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وابنتها)[2] وعند الشافعي لاتحرم حتى ولو بلغ الأمر الوطء عن طريق الزنى . وعند الحنابلة تفصيل حسن فقالوا : لايحرم في المصاهرة

---

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٤ ونهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٦٩ .
(٢) فتح القدير ج ٦ ص ٣٦٦

إلا الدخول الحقيقي بشرط كون مثليها يطأ ويوطأ ، وعلى ذلك فلو وطأ ابن تسع سنين امرأة وأصابهـا حلت له ابنتهـا لأن مثله لايطأ عادة ، وأضافوا : انه يحرم على الرجل بوطء الذكر ما يحرم عليه بوطء الأنثى ، فلو وطأ الرجل غلاماً حرمت عليه أصول الغلام وفروعه [١]

وأخذ القانون برأي الأحناف فنص في المادة ٣٤ على ما يلي :

م ٣٤ : يحرم على الرجل :

١ - زوجة أصله أو فرعه وموطوءة أحدهما .

٢ - أصل موطوءته وفرعها وأصل زوجته .

مانع المصاهرة عند النصارى :

٣١٥ - اتفق النصارى جميعاً على تحريم الزواج من القريبة بالمصاهرة واختلفوا في درجة القرابة المحرمة حسب طوائفهم . فذهب الروم والسريان الأرثوذكس إلى أن قرابة المصاهرة بين شخصين تمنع الزواج بينهما حتى الدرجة الخامسة ، أما الأرمن الأرثوذكس فقالوا : إن الزواج ممنوع بين الأشخاص إذا كانت بينهم قرابة مصاهرة لغاية البطن الثالث والغاية داخلة أي الزواج ممنوع بين الحمي وكنته وبين الحماة والصهر وبين الرجل وزوجة شقيقه . ولا يمكن للرجل بعد فسخ الزواج أن يتزوج من شقيقة زوجته المطلقة . أما في حال وفاة زوجته فيمكن للرجل أن يتزوج من شقيقتها باجازة الكاثوليكوسية .

وحرم البروتستانت على الرجل أن يتزوج على سبيل الحصر حماته ، وزوجة جده وزوجة أبيه وزوجة عمه وزوجة خاله وكنته وبنت زوجته ،

---

(١) غاية المنتهى ج ٣ ص ٣١

وحرموا على المرأة أن تتزوج حماها - زوج جدتها - زوج أمها - زوج عمتها - زوج خالتها - زوج ابنتها - ابن زوجها .

أما الكاثوليك فحرموا القرابة الأهلية في الخط المستقيم في جميع الوجوه وفي الخط المنحرف حتى الوجه الرابع بالتضمن ، ويقصد بالوجه المستقيم الأصول والفروع وبالوجه المنحرف بقية القرابات . ونصوا في القانون ٦٨ من نظام سر الزواج للكنيسة الشرقية أن مقدار قرابة شخص لأحد الزوجين قرابة دموية هي بنفس مقدار قرابته الأهلية للزوج الآخر خطاً ووجهاً وطريقة عدها أن يكون وجه القرابة الأهلية معادلاً لمجموع وجوه القرابة الدموية الحاصلة بين من هما قريبان قرابة أهلية من جهة والزوجين اللذين نشأت عن زواجهما القرابة الأهلية من جهة أخرى .

مانع المصاهرة عند اليهود :

٣١٦ – قرابة المصاهرة عند اليهود كقرابة النسب نوعان :

نوع لاينعقد فيه العقد ولا يحتاج إلى طلاق والأولاد لا يعدون شرعيين ونوع يكون فيه العقد باطلاً ويجبر الرجل على الطلاق ولا يعد أولاده غير شرعيين .

ومحرمات النوع الأول : امرأة العم لأب وبنت الزوجة وبنت بنتها وبنت ابنها والحماة وأمها وامرأة الأب وامرأة الابن وامرأة الأخ وأخت الزوجة .

ومحرمات النوع الثاني : امرأة الجد وامرأة ابن الابن وامرأة ابن البنت وبنت بنت ابن الزوجة وبنت بنت بنت الزوجة وجدة أبي الزوجة وجدة أم الزوجة وامرأة العم لأم وامرأة الخال .

وأجاز القانون التزوج باخت الزوجة إذا توفيت الزوجة . وبذلك يكون مانع الزواج من اخت الزوجة مانعاً مؤقتاً كما سنرى ذلك في الموانع المؤقتة للزواج . ومن هذا القبيل أيضاً عندهم الزواج من أخ الزوج فهو واجب عند وفاة الزوج .[1]

٣ ـ الرضاع :

٣١٧ ـ اتفق الفقهاء المسلمون على أنه يحرم بالرضاع ما يحرم بالنسب فتنزل المرضعة منزلة الأم فتحرم على الرضيع هي وكل من يحرم على الابن من قبل أم النسب لقوله تبارك وتعالى : « ... وأمهاتُكُم اللاَّتي أرْضَعنَكُمْ وأخواتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ (نساء ٢٣) وقوله عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » (بخاري ومسلم) .

---

(١) تمنع الديانة اليهودية ان يتزوج الرجل من كانت زوجة لعمه ، ومن كانت زوجة لأخيه اذا أنجبت منه ، وفيما يتعلق بزوجة الأخ المتوفى فقد نصت التوراة على انه اذا لم يكن للمتوفى ابن فلا تصير امرأة الميت الى خارج لرجل أجنبي ، بل يدخل عليها أخو زوجها ويتخذها لنفسه زوجة ، والبكر الذي تلده يقوم باسم أخيه الميت لئلا يمحى اسمه من اسرائيل ، ولا يزال الربانيون يعملون بهذا التشريع ، أما القراؤون فيرون أن التشريع قد نسخ من زمن بعيد ولا يزال منسوخاً ، وبعض القرائين يحرمون امرأة زوج الاخت ، فاذا تزوج زوج الاخت زوجة أخرى ثم طلقها أو مات عنها فانها تكون محرمة على أخوة ضرتها ، وبعضهم يجعل الزوج والزوجة كشخص واحد ويجرون التحريم على هذا الاساس ، ومعنى هذا أنه يحرم على الزوجة ما يحرم على زوجها لو قُدِّرَ زوجها امرأة ، أي أنها يحرم عليها أخوه وعمه وخاله وابنه (مقارنة الأديان للدكتور شلبي ـ اليهودية ـ ص ٢٧٧) .

واختلف الفقهاء في أمور عديدة منها مقدار الرضاع المحرم وسن الرضاع ومنزلة زوج المرضع من الرضيع وحرمة المصاهرة من الرضاع . إلى غير ذلك من الأمور .

والذي عليه الجمهور أنه يحرم الأصهار من الرضاعة قياساً على النسب ، أما ابن تيمية فقد رجح أدلة عدم التحريم [1]

وعلى رأي الجمهور يحرم على الرجل من الرضاعة ثمانية أنواع أربعة من النسب وأربعة من المصاهرة وهي :

١ - أصول الرجل من الرضاع أي أمه رضاعاً وجدته رضاعاً من أية جهة كانت الجدة ومهما علت .

٢ - فروعه من الرضاع أي بنته رضاعاً وبنت بنته وبنت ابنه مهما نزلت .

٣ - فروع أحد أبويه من الرضاع أي اخواته وبنات اخوته وبنات أخواته مهما نزلن سواء اتحد زمن الرضاعة أم لم يتحد ، فكل من رضع من امرأة صار أخاً لأولادها وان اختلفت أوقات الرضاعة .

٤ - الطبقة الأولى من فروع أجداده رضاعاً أي عماته وخالاته .

٥ - أصول زوجته من الرضاع أي أمها وجدتها مهما علت ومن أي جهة كانت الجدة سواء دخل الرجل بزوجته أم لم يدخل بها .

٦ - فروع زوجته من الرضاع أي بنتها وبنت بنتها وبنت ابنها مهما نزلت إذا دخل بزوجته .

---

(١) زاد المعاد ج ٤ ص ١٦٨

٧ - زوجة أحد أصوله من الرضاع أي زوجة أبيه أو جده وإن لم يدخل الأب أو الجد بزوجته .

٨ - زوجة أحد فروعه من الرضاع أي زوجة ابنه أو زوجة ابن ابنه رضاعاً وإن لم يدخل الفرع بزوجته .[1]

ويضاف إلى ذلك نوعان يحرمها الوطء وهما :

١ - تحرم المرأة على أصول الواطىء الرضاعيين وفروعه .

٢ - يحرم الرجل على أصول الموطوءة الرضاعيين وفروعها .

سواء كان الوطء حلالاً بنكاح فاسد أو شبهه أو حراماً بزنى .

٣١٨ - وقد استثنى الأحناف من قاعدة يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب القرابات التالية :

١ - ام أخيه أو اخته من الرضاع .

٢ - اخت الابن أو البنت من الرضاع .

٣ - جدة ابنه أو بنته من الرضاع .

٤ - ام عمه أو عمته من الرضاع .

٥ - عمة ابنه أو بنته رضاعاً .

٦ - ام خاله أو خالته رضاعاً .

٧ - ام إبن ابنه أو بنت ابنه من الرضاع .

٨ - اخت أخيه من الرضاع .[2]

---

(١) أحكام الشريعة الاسلامية لعمر عبد الله ص ١٢٨ .
(٢) الاحوال الشخصية للمرحوم السباعي ص ١٨٢ .

وذلك نظراً لعدم وجود أية علاقة بين الرجل وبين هذه القرابات الرضاعية ، وإن كانت هذه القرابات نسباً محرمة .

وعلى ذلك نصت الفقرة (١) من المادة ٣٥ من القانون التي جاء فيها ما يلي :

م ٣٥ ف ١ : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب إلا ماقرر فقهاء الحنفية استثناءه .

مانع الرضاع عند غير المسلمين :

٣١٩ — التحريم بسبب قرابة الرضاع من الأمور التي تفردت بها الشريعة الإسلامية دون الشرائع السماوية الأخرى ، ولذلك لم نجد أن الشرائع النصرانية او اليهودية قد تعوضت له اللهم إلا السريان الأرثوذكس من الطوائف المسيحية حيث جاء في قانونهم منع الزواج بين الأخوة من الرضاع إذا توالت الرضاعة سنتين متواليتين من حليب حازته المرضعة من زوج واحد حتى الدرجة الثالثة (ف ه من المادة ٦ من قانون الأحوال الشخصية للسريان الأرثوذكس) .

ومن المرجح ان يكون هذا الأمر مقتبساً من الشريعة الاسلامية .

مقدار الرضاع المحرم :

٣٢٠ — اختلف الفقهاء المسلمون في مقدار الرضاع المحرم . فقال أبو حنيفة ومالك وأصحابه بعدم التحديد وهو قول مروي عن عليّ وابن مسعود وابن عمرو وابن عباس ، فيثبت حكم الرضاع بقليله وكثيره على حد سواء [١] .

---

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٥

وقالت الشافعية والحنابلة : المحرم من الرضاع هو خمس رضعات متفرقات يقطعها الرضيع باختياره بعد اكتفائه .[1]

وبهذا أخذ القانون .

فقد جاء في الفقرة الثانية من المادة ٣٥ من القانون أنه يشترط في الرضاع المحرم أن يبلغ خمس رضعات متفرقات يكتفي الرضيع في كل منها قل مقدارها أو كثر .

زمن الرضاع المحرم :

٣٢١ – اتفق الفقهاء على أن الرضاع يحرم إذا وقع في الحولين الأولين من حياة الطفل ، وفي رأي للأحناف أنه يحرم إذا وقع في الثلاثين شهراً الأولى [2] .

واختلفوا في رضاع الكبير . فقال مالك وأبو حنيفة والشافعي واحمد : لايحرم رضاع الكبير ، وذهب داوود الظاهري إلى أنه يحرم وهو مذهب عائشة رضي الله عنها .

وقد أخذ القانون برأي الجمهور فنص في الفقرة الثانية من المادة ٣٥ على أنه يشترط في الرضاع للتحريم أن يكون في العامين الأولين .

وصول اللبن إلى جوف الرضيع :

٣٢٢ – يشترط لحرمة الرضاع أن يصل اللبن إلى جوف الرضيع ، فاذا التقم الرضيع حلمة الثدي وداعبها ولم يمتلج منها ما يصل إلى جوفه فلا حرمة في ذلك .

---

(١) غاية المنتهى ج ٣ ص ٢٢٦
(٢) الاختيار ج ٣ ص ١١٩

اختلاط لبن المرضعة :

٣٢٣ ـ إذا اختلط لبن المرضع بالماء أو الدواء أو لبن حيوان مثلاً أو طعام فالعبرة للغالب ، فإذا كان لبن المرأة غالباً تعلق به التحريم ، وإن كان مغلوباً لم يتعلق به التحريم ، خلافاً لرأي الشافعي الذي ذهب إلى أنه إذا كان اللبن قدر خمس رضعات وهو القدر المحرم عنده تثبت به الحرمة ولو كان الماء غالباً عليه [1] ويختلف الأمر إذا طبخ لبن المرضع مع الطعام ، فلا تحريم باتفاق الفقهاء .

قرابة زوج المرضع للرضيع :

٣٢٤ ـ اختلف الفقهاء بالنسبة لزوج المرضعة ، هل يصبح أباً للرضيع كما أصبحت له زوجته المرضعة أماً أم لا ، وهذا ما يسمى بلبن الفحل فذهب بعض الصحابة ومنهم عائشة وابن الزبير وابن عمر بأن الرضيع لايصبح إبناً لزوج المرضع ، ولو كان الرضيع بنتاً جاز لزوج المرضع تزوجها ، ولو كان الرضيع ذكراً فلا تحرم عليه بناته .

وذهب جمهور الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين إلى أن زوج المرضع يصبح بالرضاع المحرم أباً للرضيع ، ويصبح أولاد الزوج أخوته ولو كانوا من زوجة أخرى غير المرضع .

ثبوت الرضاع :

٣٢٥ ـ يثبت الرضاع بالبينة والاقرار ، والبينة شهادة رجلين عدلين

---

(١) أحكام الشريعة لعمر عبد الله ص ١٣٢

أو رجل وامرأتين عدول ، ولا يثبت بشهادة النساء وحدهن في مذهب الأحناف [1] .

أما الشافعية فقالوا : يثبت الرضاع بشهادة النساء وحدهن .

وإذا ثبت الرضاع بين زوجين وجب عليهما الافتراق وإلا فرق القاضي بينهما ويأخذ زواجهما حكم الزواج الفاسد .

مانع القرابة الروحية عند النصارى :

٣٢٦ — من الموانع المؤبدة للزواج عند النصارى مانع القرابة الروحية المسمى بمانع المعمودية ... وتنشأ هذه القرابة من العماد بين الاشبين من جهة والمعتمد ووالديه من جهة أخرى .

وقد جاء في المادة ٣٩ من قانون الحق العائلي للروم الأرثوذكس أنه لايجوز للمعمد أن يتزوج من فليونته ولا من أمها ولا من ابنتها وهكذا لايجوز للغليون [2] .

ولم يرد مانع القرابة الروحية في قانون الانجيليين .

مانع التبني :

٣٢٧ — التبني مباح عند النصارى إلا أنه ممنوع في القانون .

وتنشأ القرابة المانعة للزواج بين المتبني والمتبنى وبين أحدهما وبين زوج الآخر (ف د من المادة ٢٢ من قانون الأحوال للأرمن الارثوذكس) .

ومما تجدر الاشارة اليه أن الأرمن الأرثوذكس قد أجازوا في حالات غير اعتيادية ولأسباب مهمة للكاثوليكوسية (البطريركية) أن تأذن في

---

(١) أحكام الشريعة الاسلامية لعمر عبد الله ص ١٣٦

(٢) الفليون والفليونة هو الطفل والطفلة المعمّد والاشبين هو من يحمل الطفل الى العماد ويسمى العرّاب .

الزواج مع وجود القرابة الروحية والقرابة من التبني والقرابة بين الرجل وابنة زوجته وبين الامرأة وابن زوجها وبين الوصي والموصى عليه أثناء قيام الوصاية [1] وهذا ممنوع في الطوائف النصرانية الأخرى .

مانع الحشمة عند الكاثوليك :

٣٢٨ — ينشأ مانع الحشمة عند الكاثوليك عن الزواج الباطل ، مكتملاً كان أم لا ، وعن التسري المشتهر أو العلني ، فيبطل الزواج في الوجه الأول والثاني من الخط المستقيم بين الرجل وأقارب المرأة الدمويين وبالعكس (قانون ٦٩ من نظام سر الزواج للكاثوليك) .

مانع الزنى :

٣٢٩ — جاء في القانون ٦٥ من نظام سر الزواج عند الكاثوليك مايلي :

لايصح عقد الزواج بين الأشخاص التالية :

١ ـ من اقترف مع صاحبه زنى فتواعدا كلاهما بالتزوج أو حاولا عقد الزواج نفسه ولو باجراء مدني فقط ، وهما مرتبطان بذات الزواج الصحيح .

٢ ـ من اقترف مع صاحبه زنى وقتل أحدهما زوجه بينما كلاهما مرتبطان بذات الزواج الصحيح .

مانع التعاون على قتل الزوج :

٣٣٠ — من تعاون مع صاحبه تعاوناً طبيعياً أو أدبياً فقتلا الزوج لايصح لأحدهما أن يتزوج الآخر . وإن لم يزن أحدهما بالآخر .

(فحوى البند ٣ من القانون ٦٥ من نظام سر الزواج للكاثوليك) .

---

(١) م ٢٣ من قانون الأحوال للأرمن الارثوذكس .

٢ - المحرمات حرمة مؤقتة :

٣٣١ – تحرم المرأة حرمة مؤقتة إذا وجد فيها أحد الموانع التالية :

١ - مانع الزوجية .

٢ - مانع العدة .

٣ - مانع الكفر .

٤ - مانع الجمع .

٥ - مانع الطلاق .

٦ - مانع العدد .

٧ - مانع الزنى .

٨ - مانع الاحرام .

٩ - مانع المرض .

١٠ - مانع الملاعنة .

١١ - مانع الولاية والوصاية .

١٢ - مانع الخطف .

١٣ - مانع الترهب .

١٤ - مانع الزمن .

ويشترك المسلمون والنصارى واليهود في بعض الموانع العشرة الأولى أما الموانع الأربعة الأخيرة فهي مما يستقل به النصارى ويشاركهم اليهود في المانع ١٤ .

١ ـ مانع الزوجية :

٣٣٢ ـ اتفق الفقهاء المسلمون على أن المرأة المتزوجة محرمة على الغير حرمة مؤقتة حتى تفترق عن زوجها بموت أو طلاق وتنتهي عدتها سواء كانت متزوجة من مسلم أو من غير مسلم ، وعلى ذلك نص القانون فجاء في المادة ٣٨ منه ما يلي :

« لا يجوز التزوج من زوجة آخر » .

وهذا الأمر مجمع عليه عند النصارى واليهود .

فعند النصارى يكون الزواج باطلاً إذا كان عقد الزواج قد جرى في حال ارتباط أحد المتعاقدين بزواج آخر جار حكمه (م ٣٥ من قانون الانجيليين) .

وعند اليهود : لا يجوز العقد على امرأة غير خالية أو غير ثابت طلاقها شرعاً أو وفاة زوجها (م ٣٥ من أحكام الموسويين) .

٢ ـ مانع العدة :

٣٣٣ ـ اتفق الفقهاء المسلمون على أنه لا يجوز الزواج من المرأة المعتدة حتى تنتهي عدتها من الزوج الأول ، سواء كانت عدتها عدة حيض أو حمل أو شهور ، واختلفوا فيمن تزوج امرأة في عدتها ودخل بها . فقال مالك والأوزاعي والليث : يفرق بينهما ولا تحل له أبداً .

وقال أبو حنيفة والشافعي والثوري : يفرق بينهما وإذا انقضت العدة فلا بأس في تزويجه اياها مرة ثانية [1] ويلاحظ أن القانون أخذ بالرأي الأخير فنصت المادة ٣٨ على ما يلي : لا يجوز التزوج من زوجة آخر ولا معتدتة .

---

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٦

٣٣٤ – وعند النصارى الروم الآرثوذكس يجب على المرأة التي انحل زواجها الشرعي أن تعتد أربعة أشهر على الأقل ليجوز لها أن تقبل على زيجة ثانية ، ولا تصدر رخصة باكليل امرأة لم يمر على وفاة رجلها أربعة أشهر الا بعد التحقيق القانوني بأنها غير حامل من زوجها السابق (م ٢٠٦ – ٢٠٧ من قانونهم) .

وقد كان قانون حقوق العائلة العثماني قد نص في مادته ١٤٩ : أن مدة العدة عند العيسويين سنة من تاريخ الفراق ولو وضعت حملها ،

٣٣٥ – وعند اليهود : لايجوز العقد على المطلقة أو الأرملة قبل انقضاء عدتها اثنين وتسعين يوماً تحسب من يوم الطلاق أو الوفاة صبية كانت أو مسنة ومقيمة مع زوجها أو بمعزل عنه حتى ولو لم يدخل عليها (م ٤٩ من احكامهم) أما الحامل وأم الرضيع فلا يجوز العقد عليها قبل الوضع للأولى وقبل بلوغ الرضيع أربعة وعشرين شهراً للثانية فطم أو لم يفطم .

مانع الكفر

٣٣٦ – اتفق الفقهاء على أنه لايجوز للمسلم أن يتزوج الوثنية أو الملحدة (التي لا دين لها) وذلك حتى تسلم أو تصبح كتابية لقوله تعالى (وَلاَ تَنكِحُوا المُشرِكَاتِ حتىَّ يُؤمِنَّ) (بقرة ٢٢١) وقد نص الموحوم قدري باشا في المادة ٣٢ من أحكامة على ذلك فجاء فيها مايلي :

م ٣٢ – (لا يحل نكاح الوثنيات ولا المجوسيات ولا الصابئات اللاتي يعبدن الكواكب ولايؤمن بكتاب منزل) .

وأجمع العلماء على أنه لايحل لمسلمة أن تتزوج غير مسلم سواء كان مشركاً أو ملحداً أو كتابياً لقوله تعالى « يَا أَيُّها الذينَ آمَنُوا إذا جَاءَكُم

المُؤْمِناتُ مُهاجِراتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ ، اللهُ أَعْلَمُ بِإيمانِهِنَّ ، فإنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِناتٍ فلا تُرْجِعُوهُنَّ إلى الكُفَّارِ ، لا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ ، وَلا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ » (ممتحنة : ١٠) .

وعلى ذلك نصت الفقرة الثانية من المادة ٤٨ من القانون حيث جاء فيها مايلي :

م ٤٨ ــ ف ٢ : زواج مسلمة بغير مسلم باطل .

ويحل للمسلم أن يتزوج الكتابيات من النصارى واليهود الا أنه لاتوارث بينها ما بقيت على دينها .

٣٣٧ ــ واشترط النصارى لصحة الزواج أن يكون كلا المتعاقدين مسيحيين وشددت الطوائف المسيحية المختلفة على منع الزواج المختلط أي بين زوج من طائفة مسيحية وزوج أخر من طائفة مسيحية غيرها ، وسمحت به بحدود ضيقة وبعد أخذ تعهدات قاسية وقد جاء في القانون ٥٤ من نظام سر الزواج للكنيسة الشرقية ما يلي :

قانون ٥٤ ــ على الرؤساء الكنسيين وسائر رعاة النفوس .

١ً ـ أن يحذروا المؤمنين من الزواج المختلط ما استطاعوا الى ذلك سبيلا

٢ً ـ فاذا لم يتوصلوا الى منعة فليبذلوا قصارى جهدهم كي لا يتم عقده خلاف شرائع الله والكنيسة .

٣ً ـ وبعد عقد الزواج المختلط ، سواء أتم العقد في مكان ولا يتهم الخاص أو في منطقة ولاية غيرهم ، فليسهروا كل السهر على أن يكون الزوجان

أمينين في انجاز ما قد تعهدا به . وذكر قانون الحق العائلي للروم الأرثوذكس أنه يسمح الآن بالزيجة المختلطه بين المسيحيين الأرثوذكس والمسيحيين غير الأرثوذكس من قبيل التساهل وضمن شروط معينه (م ٦٦ من قانون) .

٣٣٨ ـــ وعند اليهود : الدين والمذهب شرط لصحة العقد ، فاذا كان أحد الاثنين من غير الدين أو من مذهب آخر فلا يجوز العقد بينهما وإلا كان باطلاً (م ١٧ من أحكامهم).[١]

٤ ـــ مانع الجمع :

٣٣٩ ـ إتفق الفقهاء على أنه يحرم الجمع بين الزوجة وأختها لقولـه تعالى :

« حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ . . . . وأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الأُخْتَيْن »

(نساء ٢٣) وكذلك الجمع بين الزوجة وعمتها أو خالتها لقوله عليه الصلاة والسلام « لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها » وقد استنبط الفقهاء من هذين النصين قاعدة في تحريم الجمع بالزواج بين امرأتين تربطهما علاقة محرمية من النسب او الرضاع ، وقالوا : « يحرم الجمع بين كل امرأتين ايتهما فرضت رجلاً لا يجوز له أن يتزوج بالأخرى » كالمرأة وابنة أخيها . إذ لو فرضت المرأة رجلاً لم يجز له الزواج من ابنة أخيه ، ولو فرضت البنت رجلاً لما جاز له الزواج من عمته . وأما إذا فرض أحد الطرفين ذكراً حرم عليه التزوج من الآخر ولو فرض الطرف الآخر ذكراً لما حرم عليه التزوج من الأول جاز الجمع ، كالجمع بين المرأة وبنت زوج كان لها من قبل ، فإذا فرضنا ابنة الزوج ذكراً لم يجز له الزواج من زوجة

---

(١) يعتبر اليهود غيرهم وثنيين ، ولذلك فهم لا يجيزون زواج اليهودي أو اليهودية من غير اليهود (مقارنة الأديان ــ اليهودية ــ ص ٢٧٧)

ابيه ، ولو فرضنا المرأة ذكراً جاز له الزواج من الابنة لعدم وجود أي قرابة بينهما .[1]

وعلى ذلك نص القانون فجاء في المادة ٣٩ منه ما يلي :

م ٣٩ : لا يجوز الجمع بين امرأتين لو فرضت كل منهما ذكراً حرمت عليه الأخرى ، فإن ثبت الحل على أحد الطرفين جاز الجمع بينهما .

وذهب الأحناف خلافاً لرأي الشافعية إلى أنه لا يحق للرجل الذي طلق زوجته طلاقاً بائناً أن يجمع معها في عدتها زوجة أخرى من محرمات الجمع إلا بعد انقضاء عدة الأولى .

ولا يعرف مانع الجمع عند النصارى لأنــه لا يجوز التعدد لديهم . (م ٤١ من قانون الروم الأرثوذكس) .[2]

٣٤٠ ـ أما عند اليهود فان التعدد جائز إذا كان الرجل في سعة من العيش ويقدر أن يعدل أو كان له مسوغ شرعي . وقد اعتبروا أن عقم الزوجة مسوغاً شرعياً للزواج عليها إذا قبلت (م ١٦٤ من أحكامهم) . وان المستفاد من قانونهم انه لا يجوز الجمع بين المرأة واختها ، إذ ليس للرجل أن يتزوج أخت زوجته إلا بعد وفاة زوجته (م ٤٢ من أحكامهم) .

٥ ـ مانع الطلاق :

٣٤١ ـ اتفق الفقهاء على ان الرجل يمكنه العودة للتزوج من زوجته المطلقة إلا المطلقة ثلاثاً ، فلا يحل لمطلقها الزواج منها إلا بعد أن تتزوج زوجاً غيره يدخل بها دخولاً حقيقياً ثم يتفارقا وتنقضي عدتها منه ، وعند

(١) شرح فتح القدير ج ٢ ص ٣٦٤

(٢) كان تعدد الزوجات معمولا به في مطلع المسيحية تبعا للتعدد الذي قالت به اليهودية ، ولكن للجمع بين اتجاه المسيحية للرهبنة ، وبين ضرورة الزواج خوف الزنا ، اصبح الزواج مباحا من واحدة فقط . (مقارنة الاديان للدكتور أحمد شلبي ـ المسيحية ـ ص ١٧٩) .

ذلك يملك عليها ثلاث طلقات جديدة . والدليل على ذلك قوله تعالى : « الطَّلاقُ مَرَّتانِ فإمْساكٌ بِمعْروفٍ أوْ تَسريحٌ بإحْسانٍ » (بقرة ٢٢٩) « فإنْ طَلَّقها فلا تَحِلُّ لهُ مِنْ بَعدُ حتّى تَنكِحَ زَوْجاً غَيرهُ » (بقرة ٢٣٠) .

وعلى ذلك نصت المادة ٣٦ من القانون فجاء فيها ما يلي :

م ٣٦ : ١ - لايجوز أن يتزوج الرجل امرأة طلقها ثلاث مرات إلا بعد انقضاء عدتها من زوج آخر دخل بها فعلاً .

٢ - زواج المطلقة من آخر يهدم طلقات الزوج السابق ولو كانت دون الثلاث فإذا عادت اليه يملك عليها ثلاثاً جديدة .

ومما تجدر الاشارة اليه أن المطلقة ثلاثاً إذا تزوجت زواجاً مؤقتاً بقصد التحليل من الزوج الأول فلا تحل له على رأي الجمهور خلافاً لرأي الأحناف . وقد قال عليه الصلاة والسلام « لعن الله المحلِّل والمحلَّل له » . (حسَّنه الترمذي) .

وقال ابن عمر (لايزالان زانيين وإن مكثا عشرين سنة إذا علم أنه يريد أن يحلها) .

٣٤٢ ـ أما الزواج المحل فهو الزواج الطبيعي على التأبيد بقصد دوام العشرة وانجاب الأولاد ، فإن استحالت العشرة بينها وطلقها الزوج الثاني أو توفي عنها فلها العودة إلى زوجها الأول بعقد جديد ومهر جديد بعد إنقضاء عدتها . فيكون زواجها الثاني درساً قاسياً لها يحسن من أخلاقها ويحفزها للحفاظ على زوجها الأول بعد أن استحالت عشرتها مع غيره . ويدل النص القرآني بصراحة على أنه يقلل جداً من فرص عودة المطلقة إلى زوجها الأول بعد أن طلقها ثلاثاً .

٣٤٣ ـ ومنعت بعض الطوائف النصرانيـة الزوج المطلق من العودة للزواج من مطلقته وأباحت ذلك طوائف أخرى ضمن شروط معينة .

فعند الأرمن الأرثوذكس لايمكن للزوجين اللذين حصل بينهما فسخ زواج أن يتزوجا تكراراً مع بعضهما .

وأجازوا للكاثوليكوسية أن تأذن ذلك في ظروف غير اعتيادية (م ٧٣ من قانونهم) .

أما السريان الأرثوذكس فقد أجازوا للزوجين اللذين فصل بينهما حكم الطلاق أن يعودا ويتحدا ثانية ان لم يحل مانع شرعي آخر بينهما (م ٥٨ من قانونهم) .

وقيد الانجيليون حق العودة للزواج من بعضهما بمرور خمس سنوات من تاريخ حكم الطلاق وبقرار من المحكمة التي يكون قد صدر حكم الطلاق منها (م ٤٥ من قانونهم) . ومنع الروم الأرثوذكس المترمل من زيجة ثالثة الزواج مرة رابعة (م ٤٦) .

٣٤٤ ـ وعند اليهود للرجل أن يعود لمطلقته ويعقد عليها مجدداً قبل انتهاء عدتها وتحرم عليه متى تزوجت غيره وتقدست أو كانت مطلقة لزنى ، أو لظهور دم الحيض فيها أثناء الجماع (المواد ١٥٥ - ٣٨١ - ٣٨٢ - ٣٨٥ - ٣٨٦ من أحكامهم) .

٦ ـ مانع العدد :

٣٤٥ ـ أحلت الشريعتان الاسلامية واليهودية تعدد الزوجات وحرمته الشريعة النصرانية بعد أن كان مباحاً في أول عهدها .

وقد أجمع الفقهاء المسلمون بأنه لايحل للرجل أن يجمع على عصمتـه

أكثر من أربع زوجات فإن أراد أن يتزوج خامسة كان عليه أن يطلق احداهن ، ولا يعقد على الخامسة قبل انقضاء عدة المطلقة على رأي الجمهور خلافاً لرأي الشافعية ، إذ أجازوا للرجل أن يتزوج خامسة قبل انقضاء عدة المطلقة شريطة أن يكون طلاقها بائناً . وقد تبنى القانون السوري رأي الجمهور فنص في المادة ٣٧ على ما يلي :

م ٣٧ : لايجوز أن يتزوج الرجل خامسة حتى يطلق إحدى زوجاته الأربع وتنقضي عدتها .

٣٤٦ ـ أما عند اليهود فلم نجد في قانونهم حداً للتعدد [١] إلا أنهم قيدوا الزواج بأخرى بسعة العيش والقدرة على العدل ووجود المسوغ الشرعي واعتبروا الجنون والعقم من المسوغات الشرعية (المواد ٥٥ ـ ١٦٤ ـ ٣٣٣ من أحكامهم) .

الدليل على حل التعدد :

٣٤٧ ـ الدليل على حل التعدد عند المسلمين قوله تعالى :

« وَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ، مَثْنَى وَثُلاثَ وَرُبَاعَ ، فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ، ذَلِكَ أَدْنَى أَلاَّ

---

(١) لم يرد في التوراة ولا أحكام الأنبياء قبل الاسلام تحديد لعدد الزوجات ، وعلى العكس من ذلك فقد ورد في التوراة ما يفيد تعدد الزوجات للانبياء ولغير الانبياء . وحدد الربانيون الزوجات بأربع وأطلقه القراؤون ، ويقول غوستاف لوبون ، وكان مبدأ تعدد الزوجات شائعا كثيرا لدى بني اسرائيل على الدوام (مقارنة الاديان للدكتور أحمد شلبي ـ اليهودية ـ ص ٢٧٦ ـ ٢٧٧) .

تعولوا » (نساء ٣) وتعولوا أي تميلوا عن الحق وتجوروا ،

وقد فهم جمهور الفقهاء من هذه الآية حل التعدد حتى أربع زوجات وخالف الشيعة وبعض أهل الظاهر فقالوا : إن هذا العدد « مثنى » و « ثلاث » و « رباع » تدل على إباحة تسع نساء لأن الواو جامعة[1] وهذا الرأي مخالف لاجماع المسلمين .

قيود التعدد :

٣٤٨ — يستدل من الآية الكريمة أن الله سبحانه وتعالى قيد التعدد بثلاثة قيود :

١ ـ قيد العدد

٢ ـ قيد العدل

٣ ـ قيد القدرة على الانفاق .

وقد بينا قيد العدد فيما سلف . وسنبين فيما يلي القيدين الآخرين .

قيد العدل :

٣٤٩ — قال تعالى : فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة .

فجعل سبحانه وتعالى مجرد الخوف من الجور والظلم مدعاة لاقتصار الرجل على زوجة واحدة ، وهذا يعني أن الأصل في الإسلام الاقتصار على زوجة واحدة ، ولا تباح الأخرى إلا للضرورة .

وقد أجمع الفقهاء على أن العدل المطلوب بين الزوجين هو العدل الظاهر في المعاملة والانفاق وليس العدل في المحبة ، لأن المحبة شعور غالب على إرادة الانسان فهو لا يملك التصرف بها وقد جاء في القرآن

---

(١) فقه السنة ج ٦ ص ٢٥٢ .

الكريم « لا يُكلِّفُ اللهُ نفساً إلاّ وُسعها » (بقرة ٢٨٦) .

وكان عليه الصلاة والسلام يعدل بين أزواجه في كل شيء أما قلبه الكريم فقد كان يميل إلى عائشة رضي الله عنها ولذلك كان يقول :

« اللهم هذا قسمي فيما أملك ، فلا تلمني فيما تملك ولا أملك » .

وفي ذلك نزل قوله تعالى : « وَلَنْ تَسْتَطيعوا أَنْ تَعْدِلوا بَيْنَ النِّساءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ ، فلا تَميلوا كُلَّ المَيْلِ فَتَذَرُوها كالمُعَلَّقَةِ » (نساء ١٣٠) .

أي لن تستطيعوا العدل في المحبة لأنها خارجة عن استطاعتكم ، أما العدل في الطعام والشراب والكسوة والسكن فهو مطلوب لأنه داخل في استطاعة الانسان وقدرته .

وقال الفقهاء : لايشترط العدل في الجماع لأنه يتبع المودة ، وإنما يشترط العدل في المبيت لأن الغاية من المبيت المساكنة والمؤانسة والالفة ، وهي من أهم مقاصد الزواج في الإسلام .

وقال الحنابلة : يسن التسوية في الوطء بين الزوجات لأنه أبلغ في العدل [1] وهو رأي قويم .

وقد حاول البعض أن يفهم من قوله تعالى « وَلَنْ تَسْتَطيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا ...) حرمة التعدد لاستحالة العدل المطلوب في الآية التي أباحت التعدد ، وهذا رأي مرجوح وغريب . لأن العدل في قوله تعالى « وَلَنْ تَسْتَطيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا » هو غير العدل المطلوب في الآية الأولى ، وقد دل على ذلك سبحانه وتعالى في قوله : « فَلا

(١) غاية المنتهى ج ٣ ص ٩٧ .

تَميلُوا كُلَّ المَيْلِ فَتَذَرُوها كالمُعَلَّقَة » لأن الميل لا يكون إلا في المشاعر والأحاسيس والمحبة ، وهذا هو العدل المستحيل ، لأنه ليس في المقدور السيطرة عليه .

قيد النفقة :

٣٥٠ – ذهب بعض الفقهاء إلى أن التعدد لايباح إلا مع القدرة على الانفاق على الجميع ، فإن لم يكن باستطاعة الزوج الانفاق على أكثر من واحدة وجب عليه الاقتصار عليها فقط . وقد اعتمد أصحاب هذا الرأي على قوله تعالى « ذلك أدنى ألا تعولوا » وفسروا العول بكثرة العيال من غير أن يكون لديه كفايتهم من الرزق وهذا رأي الشافعي رضي الله عنه .

أما من فسر العول بالجور والظلم فلم يشترط شرط القدرة على الانفاق.

وأخذ القانون برأي الشافعي فنص في المادة ١٧ على أنه للقاضي أن لا يأذن للمتزوج أن يتزوج على امرأته إذا تحقق أنه غير قادر على نفقتها .

وترك القانون حرية التقدير والاختيار للقاضي في ذلك ، إذ لم يأت النص على سبيل الوجوب وانما على سبيل الاختيار .

هل تمنع تلك القيود صحة الزواج :

٣٥١ – لقد رأينا بأن القيد الأول وهو قيد العدد يمنع صحة الزواج فإذا عقد الرجل على خامسة قبل طلاق إحدى نسائه الأربع وانقضاء عدتها فلا يصح العقد على الخامسة . أما قيدا العدل والنفقة فلا يمنعان صحة الزواج وإنما يلحق بصاحبها الإثم **الدياني** . لأن تلك الأمور احتمالية قد تقع وقد لاتقع ، فقد يخاف الرجل الجور ثم يعدل وقد يكون غير مستطيع الانفاق ثم تصح أحواله وينفق ، فالاثم **الدياني** مرهون بالظلم ،

فإن ظلم كان آثماً وإن عدل كان ناجياً . ولا يمنع ذلك صحـــة العقد وآثاره ، وقد كان المرحوم الإمام محمـد عبده يدعو في دروسه وتقريراته الى تقييد إباحة التعدد بقيدي العدل والانفاق ، وهو تقييد يشبه المنع [1] ولم تترك آراؤه أثراً في القانون السوري إلا أنهـا أثرت على المشرعين في بعض البلاد العربية . فجاء في الفقرة ٤ من المادة ٣ من القانون العراقي ما يلي :

م ٣ ف ٤ : لايجوز الزواج بأكثر من واحدة الا باذن القاضي ويشترط لاعطاء الاذن تحقق الشرطين التاليين .

(آ) أن تكون للزوج كفاية مالية لاعالة أكثر من زوجة واحدة .

(ب) أن تكون هناك مصلحة مشروعة .

وجاء في الفصل الثلاثين من المدونه المغربية أنه إذا خيف عدم العدل بين الزوجات لم يجز التعدد .

أما القانون التونسي فقد منع التعدد تحت طائلة السجن . فنص في الفصل ١٨ من مجلة الأحوال الشخصية على مايلي :

١٨ – تعدد الزوجات ممنوع . والتزوج بأكثر من واحدة يستوجب عقاباً بالسجن مدة عام وبخطية قدرها ... ٢٤٠ أو بإحدى العقوبتين فقط . [2]

هل للمرأة أن تشترط عدم التزوج عليها :

٢٥٢ – ذهب الامام أحمد وابن تيمية وابن القيم أن للمرأة أن تشترط على زوجها عند العقد عدم التزوج عليها ، فان قبل صح الشرط ولزوم الزوج الوفاء به ٠

فان لم يف كان لها فسخ الزواج لقولة عليه الصلاة والسلام فيما رواه

---

(١) أحوال أبي زهرة ص ٩٧ .
(٢) انظر خروفة ج ١ ص ١١٥ .

البخاري ومسلم :

إن أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج » .

وذهب ابن القيم الى أنه : لو كان عادة قوم أن لايتزوج الرجل على نسائهم ضرة ولا يمكنونه من ذلك كانت تلك العادة كالشرط ، لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً (١)

حكمة التعدد:

٣٥٣ — لقد كان من عادة العرب في الجاهلية أن يتزوج الرجل ما يشاء من النساء دون حصر وقد روى مالك في الموطأ أن غيلان بن أمية الثقفي أسلم وعنده عشر نسوة فأمره الرسول عليه الصلاة والسلام باختيار أربع منهن ومفارقة الباقي ، وروى أبو داوود أن الحارث بن قيس أسلم وعنده ثمان نسوة فأمره عليه الصلاة والسلام بما أمر به غيلان (٢)

ومن ذلك يتبين أن الاقتصار على أربع نسوة كان منذ الأساس في صالح المرأة ، أما في استمرار مشروعيته فقد هدف صالح الرجل والمرأة والمجتمع على حد سواء . فهو في صالح الرجل لأنه يغلق على ذوي الشهوات العارمة باب الفساد ويقر العين بكثرة الانجاب ويجعل للرجل راحة وطمأنية وسكناً في أكثر من بلد اذا كان الرجل كثير الأسفار .

وهو في صالح المرأة لأمور عديدة : أهمها مايلي :

١ً — قد تكثر النساء وتقل الرجال في الحروب وهذا ما حدث في المانيا بعد الحرب العالمية الثانية ، فقد زادت النساء زيادة كبيرة عن عدد الرجال حتى أصبح الأمر مشكلة من المشاكل الاجتماعية التي عقد لحلها المؤتمرات

---

(١) فقه السنة ج ٦ ص ٢٦٢ .
(٢) الاختيار ج ٣ ص ٨٩ .

وكان من أهمها مؤتمر الشباب العالمي في ميونيخ بألمانيـــا . وقد حضره الدكتور محمد يوسف موسى عن مصر . وعندما عجز المؤتمرون عن ايجاد حل للمشكلة طرح الدكتور الموسى الحل الاسلامي الصحيـح وهو فكرة تعدد الزوجات ، وبعد دراستها أبدوا اعجابهم بها وكانت من أهم التوجيهات التي خرج بها المؤتمر ، حتى أن أهالي بون طلبوا أن ينص على أمر تعدد الزوجات في دستور بلادهم [1]

٢ ـ قد تصـاب الزوجـــة بمرض يصعب شفـــاؤه ، والأمراض أنواع منها ما يقعد المرأة عن العمل المنزلي ، ومنهـا ما يضعف لديها حب الاستمتاع ، ومنها المنفرة التي تحول بين المودة والمؤانسة بين الزوجين ومنها المعدية التي تعرض حياة الزوج للأخطار الى غير ذلك .

ومما لاريب فيه أن الواجب الديني والخلقي يوجب على الرجل المبادرة الى علاجها حتى تبرأ من مرضها ، ولكن قد يطول المرض بحيث لايرجى برؤه . فيقع في حيرة من امره ، فان هو طلق زوجته فقد ظلمها وحرمها من عطفه وحنانه ونفقته في وقت هي بأمس الحاجة اليها . وان صبر على الحرمان ظلم نفسه وعاش في الم وضيق وعدم استقرار .

ولذلك فقد شرع الاسلام لاتباعه مخرجاً من هذا الضيق فأحل لهـــم التعدد . ولو منع ذلك لفتحت أبواب الرذيلة أمام الكثير ممن يعانون مثل تلك المشاكل والآلام ، فلكل انسان طاقة في تحمل العنت والكبت . فامـــا أن يشرد الانسان زوجته المريضه بالطلاق أو يبقيها مع الانحدار الى مهاوي الرذيلة ليرتع فيها مايشاء ، وبدلاً من أن يقيم علاقـات مشبوهة مع العشرات من النساء فقد أباح له الاسلام ان يقيم علاقة مشروعة عن

---

(١) فقه السنة ج ٦ ص ٢٧٠

طريق الزواج بزوجة ثانية تعمر له بيته وتوفر له السكن النفسي والهناء والاطمئنان ،

٣٥٤ ــ وأني أتساءل لو خيرت الزوجة فأيها تختار

ـ الطلاق والزواج من غيرها .

ـ أم الإمساك مع عدد من العشيقات .

ـ أم الإمساك مع زوجة أخرى يعطف عليها ويعدل بينها .

والجواب على هذا التساؤل متروك للنساء .

٣ ـ قد تكون المرأة صحيحة الجسم جميلة محببة إلى زوجها ومحبة له ولكنها عقيم لاتنجب ويكون الزوج راغباً في الأولاد . والمال والبنون زينة الحياة الدنيا .

فأيها أفضل للمرأة .

أن يفارقها وهي تحبه وترغب في عشرته ،

أم يمسكها ويتزوج عليها الولود فيحقق رغبته في انجاب الأولاد ويحقق رغبتها في دوام العشرة . وإن طلقها فمن يتزوج العقيم ؟

والجواب على ذلك متروك أيضاً للنساء .

أما نحن الرجال فنقول بأن امساكها مع العقم أمر صعب على نفوسنا ، فقد يتحمله البعض وهم قلة ، أما الاكثرية فلا تقوى على تحمل عـــدم الانجاب ، والاسلام لم يُشرع لجيل خاص أو صفوة معينة من الناس وانما شرع للناس جميعاً في مختلف الظروف والأحوال .

وأما كون التعدد في صالح المجتمع فلأن فيه إكثار للنسل وسلامة في الصحة والخلق ، ويظهر ذلك من دراسة الوضع الاجتماعي في أمريكا

مثلاً . فهناك حيث لايبيحون التعدد فإن الولادات غير الشرعية تربو على ستمائة ألف ولادة كل عام ، حتى أن بعض الجهات الرسمية هناك كانت قد طرحت فكرة تعقيم النساء اللاتي يحدن عن التعاليم الدينية . وخاصة فقد أثمرت تلك الاتصالات الجنسية غير المشروعة مختلف الأمراض الخبيثة والاضطرابات العصبية والعقد النفسية . وان أخطر ما أصيب به المجتمع الامريكي من أمراض هو تفشي مرض الزهري ، وهو مرض تناسلي خطير يضعف البنية ويشوه النسل وينتقل بالوراثة فيتحمل الأبناء الأبرياء جرائر فساد الآباء وأوزارهم .

وهل يبقى للحياة الزوجية قيمة إذا لم يرع لها الزوج حرمة ، فينتقل كل يوم من أحضان إمرأة إلى أحضان أخرى فينجب الأولاد ويخجل من نسبتهم اليه ، فتضيع بذلك الأنساب وتنحل الروابط الاجتماعية وتتفكك عرى المجتمع ويصيبه الضعف والانحلال ، ولعل من المفيد هنا أن نقل ما قاله الفونس ايفين دينيه رداً على سؤال : هل في زوال تعدد الزوجات فائدة أخلاقية ؟ ؟ فقال :

إن هذا أمر مشكوك فيه ، فالدعارة التي تندر في أكثر الأقطار الإسلامية سوف تتفشى فيها وتنتشر آثارها المخربة ، وكذلك سوف يظهر فيها داء لم تعرفه من قبل وهو داء عزوبة النساء التي تنتشر آثارها المفسدة في البلاد المقصور فيها الزواج على واحدة وخاصة عقب فترات الحروب[1]

مقارنة بين قوانين البلاد العربية :

٣٥٥ ـ عندما أجاز القانون السوري للقاضي أن لا يأذن للمتزوج أن

(١) فقه السنة ج ٦ ص ٢٧٨ .

يتزوج على امرأته إذا تحقق من عـــدم قدرته على الانفاق عليها ، فقد جرى على مبدأ أن التعدد مباح وهو ما قرره جمهور فقهاء الشريعة الاسلامية وأن إباحته مشروطة بالقدرة على الانفاق وهو ما ذهب اليه الشافعي رحمه الله وبعض الفقهاء . وهو مذهب قويم ، ويكون أقرب إلى روح الإسلام فيما لو جعل القانون شرط القدرة على الانفاق وجوباً على القاضـي وليس جوازياً له . لأن ذلك أدعى إلى غاية منـع الظلم التي هدف اليها مشرع القانون .

أما القانون التونسي فقد خالف الشريعة مخالفة ظاهرة فحرم الحـلال وعاقب عليه ولم يدرك مشرعه ضرورة التعدد في بعض الأحيان .

أما القانونان المغربي والعراقي فقـد قيدا التعدد بقيود هي إلى المنـع أقرب منها إلى الإباحة ، فخالفـا بذلك الشرع ، لأن التعدد مبـاح ولا يملك الحاكم منع ما أباحه الله ، إلا أن للحاكم تقييد المباحات إذا وجدت الضرورات ، ومنها الخوف من الظلم الاجتماعي ولكن شريطة ألا يصل هذا التقييد إلى مرتبة المنع أو شبه المنع فيكون منعاً تحت اسم القيد .

فقد حرمت المادة الرابعة من القانون العراقي التعدد إلا بإذن القاضي. ثم اوجبت على القاضي عدم إعطـاء الإذن إلا في حال قدرة الزوج على الإنفاق وان تكون هناك مصلحة مشروعة لهــذا الزواج ، ومن ثم جاءت المادة الخامسة لتمنع القاضي من إعطاء الإذن عند خوف عدم العدل وهو نفسه ما ورد في الفصل ١٨ من القانون المغربي.

فأصبـح الهدف من هذه النصوص المقيدة هو المنع حقيقـة تحت اسم التقييد بالشرط.

فتقدير المصلحة المشروطة للزواج الثاني امر يختلف من قاض إلى قاض آخر ، فاذا سمح القاضي لشخص أن يتزوج من ثانية لسبب معين فبإمكانه أن يمنع غيره من الزواج الثاني رغم توافر نفس السبب وخاصة إذا تغير القاضي . أما الخوف من عدم العدل فلا يمكن للقاضي معرفته لأنه أمر يتعلق بالطوية ، ولا يمكن تبينه إلا بعد الزواج ، ومن المعروف أن طالب الزواج ثانية لايمكن أن يظهر أمام القاضي إلا بمظهر الاستعداد للعدل وعدم الخوف من الجور وأن له مصلحة ماسة وضرورة قصوى لهذا الزواج . فالخوف من عدم العدل هو مسألة بين الانسان وربه[1] ومن الصعب أن يتبينها القاضي . ولذلك فهي تبقى في حيز الاثم الدياني ولا يمكن أن تتعدى ذلك إلى التقنين والتطبيق . وهذا لايمنع أن يوجب المشرع على القاضي أن ينصح الزوجين ويبصرهما في عواقب هذا الأمر ويعرفهما بالشروط الشرعية له حتى يكونا على بينة من كل شيء قبل اقدامهما على الزواج ، وأن يمهلهما شهراً لاعادة التفكير ، فإن تلك الأمور لاتتنافى مع حل التعدد وانما تتوافق مع مقاصد الشريعة .

وقد كنت مرة عند قاضي شرع دوما فدخل اليه طالب زواج ثان فما أن بدأ القاضي بنصحه وتبصرته حتى ندم وعدل عن عزمه .

٧ ـ مانع الزنى :

٣٥٦ ـ اختلف الفقهاء المسلمون في مانع الزنى لقوله تعالى : « والزَّانِيَةُ لايَنْكِحُها إلاَّ زانٍ أوْ مُشْرِكٌ وَحُرِّمَ ذلِكَ عَلَى

---

(١) أحوال خروفة ج ١ ص ١٢٥

المُؤْمنينَ » (نور ٣) فهل يعني ذلك الذم أم التحريم وهل معنى (وحرّم ذلك على المؤمنين) مقصود به النكاح أم الزنى .

أما الجمهور فقد حملوا معنى الآية على الذم وقالوا بصحة زواج الزانية [١]

وذهب الحنابلة إلى أنه يحرم نكاح الزانية ما لم تتب [٢]

واتفق أبو حنيفة والشافعي إلى جواز العقد على الزانية قبل انقضاء عدتها من الزاني بها واختلفا فيما إذا كانت حاملاً . فقال الشافعي : يعقد عليها قبل وضع الحمل لأنه لا حرمة لحمل غير مشروع ، وقال أبو حنيفة : لا يعقد عليها حتى تضع حملها لئلا يكون الزوج قد سقا ماؤه زرع غيره ، وفي رواية لأبي حنيفة : أنه يصح العقد عليها ولا توطأ حتى تضع الحمل . أما الإمام مالك فذهب إلى منع العقد على الزانية قبل انتهاء العدة ، أما إذا عقد عليها من قبل الزاني بها فلا مانع من الدخول بها قبل وضع الحمل .

ولم يتعرض القانون السوري لهذا الأمر الهام وقد نصت المادة ٢٩ من أحوال قدري باشا على ما يلي :

م ٢٩ : يحرم نكاح الحامل الثابت نسب حملها ، ويصح نكاح الحامل من الزنى ولا يواقعها الزوج حتى تضع حملها ما لم يكن الحمل منه .

أما إذا زنت المرأة بعد الزواج فقد قال العلماء بأنه لا ينفسخ النكاح وروي عن الحسن وجابر بن عبد الله بأنه يفرق بينهما .

٣٥٧ ـ وقد اختلف النصارى في مانع الزنى فعند الروم الارثوذكس من يثبت عليه الفسق بامرأة محصنة أي ذات بعل لايجوز له أن يتزوج بها فيما بعد (م ٤٤ من قانونهم) .

---

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٠ .
(٢) غاية المنتهى ج ٣ ص ٣٦ .

وعند الكاثوليك : يمنع الزواج الجرم الناشيء عن زنى مع وعد بالزواج أو محاولة له وإن تمت المحاولة باجراء مدني لاغير إلا أنهم أباحوا للرؤساء الكنسيين أن يفسحوا من هذا المانع (م ٣١ - ٣٢ من نظامهم) .

واتفقت الطوائف النصرانية على أنه إذا زنت الزوجة متعمدة غير مغصوبة وكانت سنها تزيد على أربعة عشر عاماً فللزوج طلب فسخ الزواج عند الارثوذكس وطلب الطلاق عند الانجيليين والهجر عند الكاثوليك ويسري هذا الحكم أيضاً في حالة زنى الزوج .

٣٥٨ ــ أما عند اليهود فقد حرموا على الكاهن الزواج بالزانية (م ٤٦ من أحكامهم) وهذا يعني أنه مباح لغيره ، إلا أنه إذا زنت المرأة بعد الزواج حرمت فوراً على زوجها وكلف بطلاقها بلا حقوق (م ١٨١ من أحكامهم) . إلا أنه إذا زنت اغتصاباً فلا تحرم إلا إذا كان زوجها كاهناً . (م ١٨٥ من أحكامهم) . وإذا نهى الرجل امرأته عن أحد وأنذرها بحضرة شاهدين ثم ثبت اختلاؤها به ومكثها معه وقتاً ما حرمت على زوجها ولا حق لها كما تحرم على من اختلت به وإذا عقد عليها كلف شرعاً بطلاقها (المادتان ١٨٩ - ١٩٠ من أحكامهم) .

٨ - مانع الاحرام :

٣٥٩ ــ اختلف الفقهاء المسلمون في نكاح **المحرم بالحج أو العمرة ،** **فقال** مالك والشافعي والليث والأوزاعي وأحمد : لاينكح المحرم **وينكح** وإن فعل فنكاحه باطل وهو قول عمر بن الخطاب وابنه وعلي وزيد بن ثابت وخالف أبو حنيفة فقال لابأس بذلك [١]

---

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٥

٩ ـ مانع المرض :

٣٦٠ ـ اختلف الفقهاء في نكاح المريض أو المريضة فقال أبو حنيفة والشافعي أن النكاح جائز وذهب مالك إلى أنه لايجوز[١]

وإن ما ذهب إليه الإمام مالك هو الأقوم وهو ما نؤيده وخاصة إذا كان أحد الزوجين مصاباً بمرض معد أو منفر أو تناسلي . وقد أوجب القانون السوري في الفقرة ج من المادة ٤٠ أن تحوي معاملات الزواج شهادة طبيب يختاره الطرفان تثبت خلوهما من الأمراض السارية ومن الموانع الصحية للزواج وللقاضي التثبت من ذلك بمعرفة طبيب يختاره ، وحبذا لو نصت الشهادة على حالة البكارة للمرأة .

٣٦١ ـ وقد رأينا أن النصارى منعوا زواج المصابين بالأمراض العقلية كما أنهم منعوا الزواج قبل التثبت من سلامة الطرفين من الأمراض التي تعتبر مانعاً طبياً للزواج (م ١٦ ـ ١٧ من قانون الأرمن الأرثوذكس). واشترط الانجيليون أن يكون المتعاقدان سالمين من الأمراض التناسلية ومن داء السل والأمراض العقلية غير القابلة للشفاء ويدخل في الأمراض العقلية التعرض للأمراض العقلية بالوراثة بالذات أو في النسل (ف ب من ٢٣ من قانونهم) .

٣٦٢ ـ أما اليهود فقد حرموا الزواج بمن كان مرضوض الخصيتين أو مخصيها كليتهما أو احداهما أو مجبوب الاحليل وفي حالة الجنون المطبق من الطرفين .

---

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٥

١٠ - مانع الملاعنة :

٣٦٣ – إن مانع الملاعنة هو مانع تنفرد فيه الشريعة الاسلامية دون الشريعتين النصرانية واليهودية ولعله مقارب للحرمان الشرعي عند اليهود .

والملاعنة في الإسلام هي أن يرمي الرجل امرأته بالزنا ثم لا يأتي بأربعة شهداء فتلاعنه زوجته أمام القاضي فيقسم أربع مرات بالله أنه من الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ، وتقسم هي أربع مرات بالله أنه من الكاذبين والخامسة ان غضب الله عليها إن كان من الصادقين .

فإذا حلف الرجل وحلفت المرأة فقد تم اللعان وتفرق الزوجان ولا يحل لهما أن يتعاشرا ثانية ولا أن يعقد عليها أبداً إلاّ إذا كذب نفسه وأقيم عليه حد القذف فجلد ثمانين جلدة مقدار الحد .

الحرمان الشرعي عند اليهود :

٣٦٤ – إذا ادعى الرجل أن زوجته ليست بكراً وأنكرت عليه ذلك وتعذر الإثبات فالرجل يصدق بعد قبوله الحرمان الشرعي ، وان ذلك يبيح للرجل الطلاق وعليه رد ما في العقد من الحقوق مخصوماً منها قيمة المهر الشرعي بعد حلف الزوجة اليمين بأنها لم تعرف رجلاً قبل زوجها . فإن نكلت عن حلف اليمين فلا حق لها إلا في ما دخلت به . وإذا ثبت شرعاً زنى المرأة بعد الزواج حرمت على زوجها وكلف بطلاقها بلا حقوق . ويثبت الزنى عند اليهود بشهادة شاهدين ويجوز أن يكون الزاني أحد الشاهدين والشاهد الآخر شاهد سماع من لسان الزوجة (م ١٨٧

من أحكامهم) . وإذا اتهمت المرأة زوجها بالعنة أو أنه عقيم الماء وطلبت الطلاق وجب عليها أن تقبل الحرمان الشرعي على نفسها أنها صادقة وحسنة القصد (م ٢١٢ من أحكامهم) ، والحرمان الشرعي يمين يقسمها الزوج أو الزوجة للتدليل على صدقه فيما ذهب اليه ، وإذا قبل أحد الزوجين الحرمان الشرعي حكم له بطلبه . وهذا أمر يشبه الملاعنة عند المسلمين إلا أن الملاعنة عند المسلمين تتطلب الحلف من كلا الزوجين .

١١ - مانع الولاية والوصاية :

٣٦٥ - هذا المانع يستقل به النصاري فقط ، وعندهم ليس للولي أو الوصي أن يتزوج ممن هي تحت ولايته أو وصايته ولا لأبنائها وصغارها بعد وقوع وفاتها إلا إذا كان أبوها في حياته عقد خطبتها مع أحدهم أو أوصى بتزويجها من أحدهم ، ولا يجوز أيضاً لأب الولي أو الوصي ولا لأخيها القاصر الذي هو تحت ولايتها أو وصايتها التزوج باليتيمة التي لم تبلغ سن الرشد إلا بالحالة السابقة ، ولكن متى صارت الابنة التي هي تحت الولاية أو الوصاية ولية أمرها ببلوغها سن الرشد جاز للولي والوصي وابنيها وغيرهم التزوج بها . (م ٢٢ من قانون أرمن أرثوذكس و٤٣ من قانون روم أرثوذكس)

وقد رأينا سابقاً أنه يجوز زواجها عند المسلمين إلا اذا كان الولي أو الوصي محرماً .

١٢ - مانع الخطف :

٣٦٦ - وهذا المانع يستقل به النصارى أيضاً .

فقد جاء في القانون ٦٤ من نظام الزواج للكاثوليك أنه لا يمكن أن يقوم زواج بين الرجل الخاطف والمرأة المخطوفة بقصد التزوج منها ما دامت في حوزة الخاطف ، ويزول هذا المانع إذا فصلت المرأة المخطوفة عن خاطفها ووضعت في مكان أمين حر فرضيت بالتزوج منه .

١٣ ـ مانع الترهب :

٣٦٧ ـ لم تعرف الشريعة الاسلامية ولا الشريعة اليهودية الترهب ، إذ الترهب مقتصر على النصارى وقد روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال : لا رهبانية في الاسلام .

وعند النصارى متى نذر الرجل على نفسه الترهب أو نذرت المرأة على نفسها حفظ البتولية أو العفة الكاملة أو العزوبة أو انتحال الحالة الرهبانية ، أو نذر على نفسه النذر الانفرادي بقبول درجة الشماس الرسائلي أو احدى الدرجات الكبرى في الطقوس التي يلتزم فيها الاكليركيون بالمحافظة على العزوبة المقدسة منذ نيلهم درجة الشماس الرسائلي حرم عليهم الزواج ، (قانون ٤٨ من نظام الكاثوليك) . ولا يحق لأحدهم الزواج إلا إذا ترك الرهبانية .

مانع الزمن :

٣٦٨ ـ الزواج حلال في كل الأوقات عند المسلمين ولم يعرف مانع الزمن إلا عند النصارى واليهود ، وهو عند اليهود أوسع .

فقد جاء في قانون الأحوال الشخصية للسريان الأرثوذكس بأنه لا يجوز الإكليل في أيام الصيام . (م ٢٤)

وعند اليهود لا يجوز الزواج أيام السبوت والآحاد والتسعة أيام الأولى من شهر آب والأربع والعشرون التالية لعيد الفصح وأيام الحداد ثلاثون يوماً .

الباب الخامس

ويحتوي :

١ — أنواع الزواج وأحكام

٢ — آثار الزواج

أنواع الزّواج وأحكامه

٣٦٩ — لعقد الزواج عند المسلمين خمسة أنواع وهي :

٢ — العقد الصحيح

٢ — العقد الفاسد

٣ — العقد الباطل

٤ — العقد الموقوف

٥ — العقد غير اللازم

وعند غير المسلمين له ثلاث حالات فهو إما صحيح وإما باطل وإما فاسد .

١ — العقد الصحيح :

٣٧٠ — اتفقت الشرائع الثلاث على أن العقد الصحيح هو كل عقد استوفي عند انشائه جميع أركانه وشرائط صحته وانعقاده .

وقد نصت المادة ٤٧ من قانون الأحوال على مايلي :

م ٤٧ : إذا توفرت في عقد الزواج أركانه وسائر شرائط انعقاده كان صحيحاً . وقد جاءت هذه المادة قاصرة لأنها لم تشر إلى ضرورة توافر شرائط الصحة مع شرائط الانعقاد حتى يكون العقد صحيحاً ، وقد كان الأقوم لو جاءت على الشكل التالى :

إذا توافرت في عقد الزواج أركانه وسائر شرائط صحته وانعقـاده كان صحيحاً .

حكم العقد الصحيح :

٣٧١ ـ حكم العقد الصحيح هو الآثار الشرعية التي رتبها المشرع على العقد ، وهو ما يسمى عند الفقهاء المسلمين بمقتضى العقد ، ومن المعروف أن العقد الصحيح يرتب على كلا الزوجين حقوقاً وواجبات متبادلة وينتج الآثار التالية :

١ ـ المهر

٢ ـ النفقة الزوجية

٣ ـ المتابعة

٤ ـ توارث الزوجين عند المسلمين والنصارى فقط .

٥ ـ نسب الأولاد

٦ ـ حرمة المصاهرة

٣٧٢ ـ وأضاف النصارى إلى ذلك أن الزواج يوجب على الزوجة اتخاذ اسم عائلة زوجها .

أما اليهود فقد أضافوا خدمة الزوجة لزوجها بشخصها خدمة لا يهينها بها وحق الرجل فيما تكتسبه زوجته من كدها ، وفيما تجده لقية ، وفي

ثمرة مالها ، وإذا توفيت ورثها ، أما المرأة فليس لها إرث من زوجها عندهم وإنما لها النفقة (١)

وقد نصت المادة ٤٩ من القانون على ما يلي :

م ٤٩ : الزواج الصحيح النافذ تترتب عليه جميع آثاره من الحقوق الزوجية كالمهر ونفقة الزوجة ووجوب المتابعة وتوارث الزوجين ، ومن حقوق الأسرة كنسب الأولاد وحرمة المصاهرة .

ويلاحظ على القانون أنه جاء خالياً من ذكر الحقوق الأدبية للزوجين كما فعل المرحوم قدري باشا في أحكامه ، وكما نصت على ذلك قوانين الأحوال لغير المسلمين . وهذا قصور من القانون يتوجب تداركه لأن الحقوق الأدبية لا تقل شأناً عن الحقوق المادية ، بل هي على العكس أرفع

---

(١) على الزوجة اليهودية مهما بلغت ثروتها ومكانتها أن تقوم بالاعمال اللازمة لبيتها ، صغيرة كانت الاعمال أم كبيرة ويحدد آرثر هرتز برج دور المرأة في أعمال المنزل فيقول : ان على المرأة أن تطحن الحبوب وتخبز ، وتغسل الملابس ، وتطبخ ، وترضع ولدها ، وتنظف البيت وتنظمه ، وتغزل وتخيط الثياب ، ولكنها اذا أحضرت معها خادما تابعا لها من بيت أبيها فانها تعفى من الطحن والخبز والغسيل ، وان أحضرت خادمين معها أعفيت من الطبخ والرضاعة ، واذا أحضرت ثلاثة فانها تعفى من تنظيف البيت وتنظيمه ، واذا أحضرت أربعة فانها تعفى من كل الأعمال ، ولكن ربّي يقول : ان الزوجة اذا أحضرت معها مائة خادم فانها لا تعفى من الغزل ، ولزوجها أن يرغمها عليه ، لأن البطالة تقود للفساد .

ولا ترث المرأة زوجها ، وكل مالها بعد موته هو مؤجل الصداق ، أما باقي ثروتها فانها تؤول الى زوجها ومنه الى ورثته ، واذا أخذت مؤجل صداقها مضت الى حال سبيلها ، أما اذا لم تطالب به فلها أن تعيش مع الورثة من مال التركة .

(مقارنة الاديان ـ اليهودية ـ ص ٢٨٠) .

منها وأجل ، وهي من الغايات التي يسعى لها المشرع بإباحته عقد الزواج بينما الحقوق المادية أثر من الآثار ، والغاية أسمى من الأثر .

٢ ـ العقد الفاسد :

٣٧٣ ـ العقد الفاسد لدى المسلمين هو كل زواج تم ركنه بالايجاب والقبول واختل بعض شرائطه (م ٤٨ : ف ١ من القانون).

وعلى ذلك فإن جميع العقود التالية تعتبر عقوداً فاسدة في نظر القانون:

١ ـ الزواج بغير شهود

٢ ـ العقد على المحرمات نسباً أو رضاعة أو صهرية .

٣ ـ العقد على امرأة الغير أو معتدته

٤ ـ العقد على أختين خاليتين من نكاح وعدة في عقد واحد

٥ ـ العقد على مطلقته ثلاثاً قبل زواجها من غيره

٦ ـ العقد على الخامسة قبل طلاقه الرابعة

٧ ـ العقد على غير ذات دين سماوي

٨ ـ نكاح المتعه أي العقد على المرأة مع التوقيت.

مما سيأتي تفصيله فيما بعد .

٣٧٤ ـ وقد جاء في قانون حقوق العائلة العثماني أن الأنكحة التالية فاسدة عند المسيحيين :

١ ـ نكاح المجنون

٢ ـ إذا وجد في احد الطرفين حين العقد شيء من الأمراض والأحوال المانعة من المقاربة . (مواد ٦٦ - ٦٨)

٣ ـ إذا كان أحد الطرفين حين العقد غير حائز شروط الأهلية اللازمة في القانون .

٣٧٥ ـ ونص أيضاً على أن الأنكحة الفاسدة لدى اليهود هي مايلي:

١ ـ نكاح المرأة الممنوع نكاحها في الشرع

٢ ـ إذا كان أحد الطرفين غير حائز شروط الأهلية اللازمة في القانون .

٣ ـ إذا لم تراع بعد العقد الشروط التي بنيت نفعاً لأحد الطرفين حين العقد .

٤ ـ إذا لم يكن الشهود الحاضرون بعقد النكاح حائزين الأوصاف المطلوبة . (مواد ٥٩ ـ ٦٢)

حكم العقد الفاسد :

٣٧٦ ـ الزواج الفاسد قبل الدخول حكمه عند المسلمين كحكم الزواج الباطل لا يترتب عليه شيء من آثار الزواج الصحيح (م ٥٠ ـ ٥١ : ف ١ من القانون)

ويترتب على الوطء فيه النتائج التالية :

أ ـ المهر في الحد الأقل من مهر المثل والمسمى

ب ـ نسب الأولاد

حـ ـ حرمة المصاهرة

د ـ عدة الفراق في حالتي المفارقة أو موت الزوج ونفقة العدة دون

التوارث بين الزوجين .) (ف ٢ من المادة ٥١ من القانون)

وتستحق الزوجة فيه النفقة الزوجية ما دامت جاهلة فساد النكاح ف ٣ من المادة ٥١ من القانون) .

ويلاحظ أن أهم ما ألغي في العقد الفاسد من آثار العقد الصحيح هو ما يلي :

١ ـ التوارث بين الزوجين

٢ ـ المتابعة

٣ ـ النفقة الزوجية

٤ ـ المهر الاتفاقي

وقد استقر الإجتهاد على أنه لئن كان التوارث في النكاح الفاسد يمتنع بين الزوجين فإن هذا المنع لا يتناول أولادهما[1]

٣٧٧ ـ ومن المؤسف أن القانون لم ينص على إلزام القاضي بالتفريق بين الزوجين في النكاح الفاسد إن لم يفترقا كما إذا تزوج المرء أمه أو أخته . وهذا قصور خطير في القانون كان من الواجب النص عليه صراحة كما فعل المرحوم قدري باشا .

فقد جاء في المادة ١٣١ من أحكامه ما يلي :

م ١٣١ : إذا تزوج أحد إحدى محارمه نسباً أو رضاعاً أو صهرية فالنكاح لا يصح ويفرق بينهما إن لم يفترقا ويعاقب الزوج بأشد العقوبات التعزيرية سياسة إن فعل ذلك عالماً بالحرمة ، أو بعقوبة تليق بحالته إن فعله جاهلاً بها .

---

(١) القانون لعام ١٩٥٣ ـ العدد ٥ ص ٤٨٣

ولنا ملاحظة أخرى على القانون وهي : أن القانون اعتبر العقد على المحرمات فاسداً كالعقد على الأم والأخت والعمة والخالة ، وهو من أشد المحرمات وأخطر الأمراض الاجتماعية التي تهدد كيان الأسرة والمجتمع على حد سواء وكان الأجدر اعتباره باطلاً ولو قال بفساده بعض فقهاء الأحناف.

٣٧٨ – وعند النصارى إذا حكمت المحكمة بإبطال الزواج الفاسد تلغى جميع الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين وللمحكمة أن تحكم على الفريق المسبب بالتعويض : ويسقط الحق في طلب إبطال الزواج بمرور سنة على معرفة الطالب السبب الموجب للابطال ويمكن لمن يبطل زواجه أن يتزوج ثانية إذا توفرت فيه الشروط القانونية للزواج (م ٣٧- ٣٨ - ٣٩ من أحكام الأنجيليين) . ويثبت في النكاح الفاسد نسب الأولاد

٣٧٩ – وعند اليهود إذا فسخت الصغيرة اليتيمة التي زوجتها أمها أو أحد إخوتها النكاح سقط حقها في المهر دون مؤجل الصداق ، ويسقط حقها في الفسخ بالحمل ، ويثبت نسب الأولاد عند فساد الزواج . (م ٢٧ - ٣١ من أحكامهم) . إلا إذا كان الزواج من محرمات النوع الأول فإن الأولاد يعتبرون غير شرعيين (م ٤٤ من أحكامهم) .

ومن الملاحظ في سورية أن أحكام النسب في القانون تطبق على جميع السوريين من مسلمين ونصارى ويهود مما لا يجوز معها لتلك الطوائف تطبيق شرائعها الخاصة بذلك.

المشهور من الأنكحة الفاسدة عند المسلمين

٣٨٠ ـ شاع في بعض البلدان الاسلامية أنواع من الأنكحة الفاسدة وأشهرها ما يلي :

١ ـ نكاح الشغار .

٢ ـ نكاح المتعة .

٣ ـ نكاح التحليل .

١ ـ نكاح الشغار :

٣٨١ ـ نكاح الشغار هو أن يزوج الانسان موليته من رجل آخر شريطة أن يزوجه هذا الآخر موليته أيضاً ولا مهر بينهما . كأن يزوج أب ابنته من رجل شريطة أن يزوجه هذا الرجل ابنته ايضاً دون مهر بين الطرفين (١) ، وقد نهى رسول الله ﷺ عن هذا الزواج فقال فيما رواه مسلم : « لا شغار في الإسلام » .

وجاء فيما رواه ابن ماجه : الشغار أن يقول الرجل للرجل زوجني ابنتك أو أختك على أن أزوجك ابنتي أو اختي وليس بينهما صداق .

واختلف العلماء في علة النهي عن هذا النكاح .

فقال البعض :

هو التعليق والتوقيت ، كأن يقول لا ينعقد زواج ابنتي حتى ينعقد زواج ابنتك .

---

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٥٧ ـ فقه السنة ج ٦ ص ١١٩

وقال آخرون ومنهم ابن القيم : ان العلة هي التشريك في البُضْع وحبس بضع كل واحدة مهراً للأخرى . وهي لا تنتفع به ، فلم يرجع اليها المهر ، بل عاد المهر إلى الوليّ ، وهو مِلكُه لبُضع زوجته بتمليكه لبضع موليته . وهذا ظلم لكل واحدة من المرأتين واخلاء لنكاحها من مهر تنتفع به .[1]

وقد ذهب فقهاء الأحناف إلى أن عقد نكاح الشغار يقع صحيحاً وإنما التسمية فاسدة ، لأنه سمى فيه ما لا يصلح مهراً ، فيصح العقد ويثبت لكل من المرأتين مهر المثل .

وذهب جمهور العلماء إلى أن عقد الشغار عقد باطل لا ينعقد أصلاً .[2]

وقد أخذ القانون برأي الأحناف فقرر في المادة ٦١ أن مهر المثل يجب في العقد الصحيح عند عدم تسمية المهر أو عند فساد المهر .

وقد رأينا أن الأحناف يرون في نكاح الشغار صحة العقد وفساد تسمية المهر . وينتشر نكاح الشغار في أوساط البدو السوريين ويكاد يكون غير معروف في مراكز المدن .

٢ ـ نكاح المتعة :

٣٨٢ ـ **المُتعَةُ** بضم الميم وكسرها لغة التمتع كالمتاع ، وهو ما يتمتع به من الحوائج ، وأن يتزوج امرأة يتمتع بها زمناً ثم يتركها[3] وصورته أن يقول للمرأة : تمتعت بك مدة كذا بكذا من المال فتقول : قبلت ، أو أن يقول : زوجيني نفسك بكذا من المال إلى شهر أو اسبوع أو سنة فتقول : زوجتك نفسي على ما ذكرت .

---

(١) فقه السنة ج ٦ ص ٣٥٨
(٢) أحوال السباعي ص ٢١٦ ـ فقه السنة ج ٦ ص ١٢١
(٣) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٣٥٨

فإذا ورد النكاح بلفظ التمتع كان نكاح متعة ، وإن ورد بلفظ الزواج كان نكاحاً مؤقتاً ولا فرق بينهما عند جمهور الفقهاء في الغاية أو الحكم .

وقد قال جمهور الصحابة والفقهاء والتابعين : إن نكاج المتعة باطل لا ينعقد أصلاً لنهي النبي عليه الصلاة والسلام مراراً عنه ، وقد روي أنه قال :

« كنت أذنت لكم في الاستمتاع بالنساء وقد حرم الله ذلك إلى يوم القيامة »

وخالف الشيعة الإمامية فأفتوا بجوازه ووضعوا له أحكاماً خاصة مستقلة.

وروي عن ابن عباس أنه أفتى بجوازه ، كما روي عنه أنه رجع عن فتواه بالاجازة وقال بأنه أباحه للمضطر [١]

وقال الامام زفر بصحة النكاح المؤقت على التأبيد إذا ورد بلفظ الزواج مع الغاء شرط التأقيت ، لأن الصيغة بذاتها صالحة لانشاء العقد ولكن اقترنبها شرط فاسد ، وهو شرط التأقيت ، فيصح النكاح ويلغو شرط التأقيت لأنه من المبادىء المقررة أن النكاح لا تفسده الشروط الفاسدة، أما إذا ورد بلفظ المتعة فالزواج باطل ، لأن العقد يكون بلفظ تمتع وهو لا يفيد عنده الزواج . [٢]

٣٨٣ ـ أما القانون فقد اعتبر نكاح المتعة والمؤقت فاسداً خلافاً لرأي الجمهور ورتب له أحكام النكاح الفاسد ، إذ أن القانون لم يعتبر نكاحاً باطلاً سوى نكاح

---

(١) فقه السنة ج ٦ ص ٩٣
(٢) أحوال أبي زهرة ص ٥١

المسلمة غير المسلم . وقد كان قانون حقوق العائلة العثماني قد نص في المادة ٥٥ على أن نكاح المتعة والمؤقت فاسد .

ونصت المادة ١٣ من أحكام قدري باشا على أنه لا ينعقد النكاح المؤقت على الصحيح كنكاح المتعة . ونصت المادة ١٤ من نفس الأحكام على أن نكاح المتعة هو أن يعقد الرجل عقداً على امرأة بلفظ المتعة وهو باطل لا ينعقد أصلاً وإن حضره الشهود ولا يتوارث به الزوجان .

٣٨٤ - وإني أرى أن نكاح المتعة إذا عقد بلفظ الزواج أو النكاح مع شرط التأقيت كأن يقول لها : زوجيني نفسك على أن أطلقك بعد شهر صح الزواج وبطل الشرط عملاً بأحكام المادة ١٤ ف ١ من القانون التي جاء فيها ما يلي :

م ١٤ : ف ١ : إذا قيد عقد الزواج بشرط ينافي نظامه الشرعي أو ينافي مقاصده ويلتزم فيه ما هو محظور شرعاً كان الشرط باطلاً والعقد صحيحاً .

أما إذا ورد بلفظ المتعة أو بلفظ الزواج المؤقت إلى مدة كأن يقول لها : زوجيني نفسك اسبوعاً بكذا من المال فالزواج يكون باطلاً وفقاً لرأي الجمهور وفاسداً وفقاً لما ذهب اليه القانون .

أحكام المتعة عند الشيعة :

٣٨٥ ـ تختلف أحكام المتعة عند الشيعة الإمامية عن أحكام الزواج لأنها تعتبر عندهم زواجاً خاصاً مؤقتاً بأمد معلوم يرتفع بانقضاء الوقت دون حاجة لطلاق . وتتلخص أحكامه بما يلي :

١ ـ عدته حيضتان أو خمسة وأربعون يوماً على أبعد الأجلين .

٢ ـ لانفقة فيه ولا توارث بين الزوجين .

٣ - يلحق الولد بأبيه ويرث والديه ويرثانه وإذا نفاه أباه انتفى بلا لعان .

٤ - لاحدود عددية لمن يستمتع بهن من النساء بآن واحد[1]

مخاطر نكاح المتعة :

٣٨٦ - لنكاح المتعة مخاطر كثيرة أهمها :

١ - لاتتحقق به المقاصد الشرعية من ناحية المساكنة والعشرة الدائمة بالمودة والمعروف والمحافظة على بناء الأسرة وحسن تربية الأولاد .

٢ - يقصد به قضاء الشهوة دون الغايات السامية النبيلة للزواج الشرعي وهو أشبه ما يكون بالزنى منه بالزواج الشرعي .

٣ - فيه امتهان لكرامة المرأة إذ تصبح كالسلعة تنتقل من يد إلى يد دون أن تجد البيت الذي تستقر فيه .

٤ - يحرم المرأة من النفقة فتصبح كالزانية ليس لها سوى ما جعل لها لقاء الاستمتاع .

٣ - نكاح التحليل :

٣٨٧ - يقصد بنكاح التحليل تحليل المطلقة ثلاثاً إلى مطلقها الأول بزواجها من غيره .

وقد نهى عليه الصلاة والسلام عن نكاح التحليل فقال :

« لعن الله المحلِّل والمحلَّل له » (رواه أحمد بسند حسن والترمذي وقال عنه : حسن صحيح) ويعتبر هذا النكاح في الإسلام من كبائر الاثم

---

(١) أحوال أبي زهرة ص ٥٠ وفقه السنة ج ٦ ص ٩٨ وأحوال السباعي ص ٨٨ .

والفواحش ، لأنه ينافي المقاصد الشرعية للزواج من استمرار الحياة المشتركة وانجاب النسل .

وقد روي أن عمر رضي الله عنه قال :

« لا أوتي بمحلل ولا محلل له إلا رجمتها »

وسئل ابنه عن ذلك فقال : كلاهما زان .

وسأل رجل ابن عمر : ما تقول في امرأة تزوجتها لأحلها لزوجها ، ولم يأمرني ، ولم يعلم .

فقال له ابن عمر : لا ، إلا نكاح رغبة ، ان اعجبتك امسكتها ، وإن كرهتها فارقتها ، وانا كنا نعد هذا سفاحاً على عهد رسول الله ﷺ.

وقال : لايزالان زانيين وإن مكثا عشرين سنة اذا علم أنه يريد أن يحلها [1] .

واختلف الفقهاء في جواز هذا النكاح .

فقال مالك : إن نكاح التحليل فاسد يوجب الفسخ [2]

وإلى ذلك ذهب احمد والثوري وأهل الظاهر .

وقال الشافعي : المحلل الذي يفسد نكاحه هو من يتزوجها ليحلها ثم يطلقها ، فأما من لم يشترط ذلك في عقد النكاح فعقده صحيح .

وقال أبو حنيفة وزفر : إن صرح في ابتداء العقد أنه يحلها للأول تحل للأول ويكره ، لأن عقد الزواج لايبطل بالشروط الفاسدة . فتحل للأول بعد طلاقها من الزوج الثاني أو موته وانقضاء عدتها منه .

---

(١) فقه السنة ج ٦ ص ١٠٢
(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٥٨

وقال أبو يوسف بفساد العقد لأنه زواج مؤقت .

وقال محمد : إن العقد الثاني صحيح إلا أنه لايحلها الأول ، لأنه استعجل ما أخره الشرع كما في قتل المورث [1]

وروي عن ابن القيم أنه قال : كيف يقال أن هذا الزواج تحل به الزوجة إلى زوجها الأول مع قصد التوقيت ، وليس له غرض في دوام العشرة ولا ما يقصد بالزواج من التناسل وتربية الأولاد وغير ذلك من المقاصد الحقيقية لتشريع الزواج .

إن هذا الزواج الصوري كذب وخداع لم يشرعه الله في دين ، ولم يبحه لأحد ، وفيه من المفاسد والمضار ما لا يخفى على أحد . [2]

٣ ـ العقد الباطل :

٣٨٨ — لم ينص القانون السوري سوى على حالة واحدة من حالات بطلان العقد عند المسلمين وهي زواج المسلمة بغير المسلم ، واعتبر كل حالات البطلان الأخرى مفسدة للعقد . فجاء في المادة ٤٨ ف ٢ ما يلي :

م ٤٨ ف ٢ : زواج المسلمة بغير المسلم باطل .

ويعني المفهوم المخالف لهذه المادة أن زواج المسلم بغير المسلمة صحيح .

وقد اعتبر النصارى الزواج باطلاً من تلقاء نفسه في الحالات التالية :

١ ـ إذا كان أحد الزوجين مرتبطاً بعقد زواج سابق .

٢ ـ إذا كان أحد الزوجين مترهباً قبل العهد ولم يستحصل الإذن بالزواج من البطريركية .

---

(١) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٥٥٥
(٢) فقه السنة ج ٦ ص ١٠٤

٣ ـ إذا ادعى أحد الزوجين النصرانية فظهر أنه ليس كذلك ، وعند ذلك يعرض عليه وينظر مدة معقولة تضربها المحكمة الروحية فإذا امتنع من الدخول في النصرانية ، بطل الزواج .

٤ ـ إذا كان في أحد الزوجين نقص طبيعي يمنع الزواج كالعنة في الرجل وانسداد القبل في المرأة .

٥ ـ في حالة الخطف .

(المواد ٢٨ ـ ٥٩ من قانون الأحوال للسريان الأرثوذكس) .

أما اليهود فقد اعتبروا أن الدين والمذهب شرط لصحة الزواج ، فإذا كان أحد الاثنين من غير الدين أو من مذهب آخر فلا يجوز العقد وإلا كان باطلاً . (م ١٧ من أحكامهم) .

كما اعتبروا أن الجنون المطبق في أحد الاثنين يجعل العقد باطلاً (م ٤٧ من أحكامهم) ، وكذلك الزواج بلا تقديس (م ٥٧ من أحكامهم) .

حكم العقد الباطل :

٣٨٩ ـ العقد الباطل لا يقبل الاجازة ، ولا يترتب عليه في الإسلام أي أثر ولو حصل به دخول ، وعلى ذلك نصت المادة ٥٠ من القانون فجاء فيها ما يلي :

م ٥٠ : الزواج الباطل لايترتب عليه شيء من آثار الزواج الصحيح ولو حصل فيه دخول .

وقد استقر اجتهاد محكمة النقض بدمشق على أن بطلان الزواج من النظام العام ويحق للمحكمة التمسك بـه ولو بلا طلب ، ولا يترتب على

الزواج الباطل شيء من آثار الزواج الصحيح ولو حصل فيه دخول [1]

٣٩٠ – وعند النصارى الزواج الباطل يعتبر كأن لم يكن وتعلن المحكمة بطلانه والأولاد منه يعتبرون شرعيين وعند الكاثوليك يمكن تصحيح الزواج الباطل متى زال مانع البطلان أو فُسِّخ منه وجدد الفريق العالم بالمانع على الأقل رضاه (قانون ١٢٢ من نظام سر الزواج) . أما إذا كان بطلان الزواج بسبب نقصان الصيغة المشروعة للعقد فلا يصحح إلا بعقده ثانية بموجب الصيغة الصحيحة (قانون ١٢٦ من نظام سر الزواج) ونص القانون ١٣٠ من نظام سر الزواج على أنه لايمكن تصحيح الزواج من أصله إلا الكرسي الرسولي وحده .

وعند اليهود لايثبت في الزواج الباطل نسب ويعتبر العقد كأنه لم يكن .

الزواج مع اختلاف الدين :

٣٩١ – أباح الإسلام للمسلم أن يتزوج بغير المسلمة شريطة أن تكون ذات دين سماوي ولم يبح للمسلمة أن تتزوج من غير المسلم لأسباب عديدة أهمها :

١ – ان الاسلام دين هداية وإرشاد وإصلاح للبشرية كافة ، وقد جاء في زمن قويت فيه الحاجة اليه . وانسجاماً مع رسالته العامة الشاملة هذه فإنه حرص على أن يعم نوره الأرض ليدخل الناس في دين الله أفواجاً. وبما أن الزوج عند جميع الشرائع والأديان هو رأس الأسرة وله القوامة على المرأة والاشراف على تربية البنين حيث غالباً مايتأثرون بآرائه وطبائعه .

(١) القانون لعام ١٩٥٤ العدد ١ ص ١٠١ و م نقابة المحامين لعام ١٩٦٣ العدد ٧ ص ٤٨ رقم ٥٤

فقد أحل الاسلام للمسلم الزواج من غير المسلمة ولم يحل للمسلمة الزواج من غير المسلم حرصاً على نشر الاسلام وتوسعة لنطاق المؤمنين به ، وخاصة فإن تأثير الرجل قد يتعدى نطاقه الأولاد إلى الزوجة نفسها فتعتنق الإسلام وينقذها مما كانت عليه .

٢ - يعترف الإسلام بالديانتين النصرانية واليهودية ويحترم أنبياءهما لأنهم أنبياء عند المسلمين أيضاً ، ولا تعترف الديانتان النصرانية واليهودية بالإسلام ، ولذلك فلا يعقل أن يمس الزوج المسلم الشعور الديني عند المرأة غير المسلمة ، أما العكس فمعقول .

وان استقرار الحياة الزوجية يقضي بأن يحافظ كل من الزوجين على مشاعر الزوج الآخر ، ولا يتحقق ذلك بزواج المسلمة من غير المسلم لإمكانه المساس بشعورها لأنه لا قدسية لنبيها لديه .

وقد ورد تحريم المسلمة على غير المسلم في القرآن الكريم . قال تعالى :

« يا أَيُّهَا الذين آمَنُوا إذا جَاءَكُمُ المُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ ، اللهُ أَعْلَمُ بإيمانِهِنَّ ، فإنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فلا تَرْجِعُوهُنَّ إلى الكُفَّارِ ، لا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ » (ممتحنة : ١٠) .

وقوله تعالى : « وَلَنْ يَجْعَلَ اللهُ للكافِرِينَ عَلَى المُؤْمِنِينَ سَبِيلاً » (نساء : ١٤١) .

وقوله : « وَلا تُنْكِحُوا المُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُؤْمِنٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ » (بقرة : ٢٢١) .

٣٩٢ — وحرم اليهود والنصارى الزواج مع اختلاف الدين في شرائعهم ، كما منع النصارى الزواج المختلط بين زوجين من طائفتين نصرانيتين مختلفتين ، ولم يسمحوا به إلا ضمن حدود ضيقة وشرائط قاسية وعند الضرورة .

مشروعية زواج الكتابيات :

٣٩٣ ـ تستند مشروعية زواج المسلم لليهودية والنصرانية إلى قوله تعالى : « اليومَ أُحِلَّ لكمُ الطيِّباتُ وطعامُ الذينَ أوتُوا الكِتابَ حِلٌّ لكُمْ وطعامُكُمْ حِلٌّ لهُمْ والمُحصناتُ مِنَ المُؤْمِناتِ والمُحصناتُ مِنَ الذينَ أوتُوا الكِتابَ مِنْ قبلِكُمْ إذا آتيتُمُوهُنَّ أُجورَهُنَّ مُحصِنينَ غيرَ مُسافِحينَ ولا مُتَّخِذي أَخْدانٍ » (مائدة ٥)

وهذا الحل مخصوص بنساء أهل الكتاب دون المشركات ، فقد ورد تحريم زواج المسلم من المشركة في قوله تعالى : « ولا تنكِحُوا المُشرِكاتِ حتّى يُؤمِنَّ ، ولأَمةٌ مُؤْمنةٌ خيرٌ مِنْ مُشرِكةٍ ولوْ أعجبتكُمْ » (بقرة : ٢٢١) .

وتنزل منزلة المشركة كل من لا تؤمن بدين سماوي كالوثنية والبوذية والبرهمية ، فلا يحل لمسلم الزواج منهن .

وقد جاء في فقه السنة نقلاً عن المنار في الفرق بين المشركة والكتابية ما يلي :

« المشركة ليس لها دين يحرم الخيانة ، ويوجب عليها الأمانة ، ويأمرها بالخير وينهاها عن الشر ، فهي موكولة إلى طبيعتها ، وما تربت عليه في عشيرتها ، وهو خرافات الوثنية وأوهامها وأمانيّ الشيطان وأحلامها ، تخون زوجها ، وتفسد عقيدة ولدها ، فإن ظل الرجل على اعجابه بجمالها كان ذلك عوناً لها على التوغل في ضلالها واضلالها . وإن نبا طرفه عن حسن الصورة وغلب على قلبه استقباح تلك السريرة ، فقد تنغص عليه التمتع بالجمال على ما هو عليه من سوء الحال ، أما الكتابية فليس بينها وبين المؤمن كبير مباينة ، فإنها تؤمن بالله وتعبده ، وتؤمن بالأنبياء ، وبالحياة الأخرى

وما فيها من الجزاء ، وتدين بوجوب عمل الخير وتحريم الشر . والفرق الجوهري العظيم بينهما هو الايمان بنبوة محمد ﷺ ، والذي يؤمن بالنبوة العامة لايمنعه من الايمان بنبوة خاتم النبيين إلا الجهل بما جاء به ...

ويوشك أن يظهر للمرأة من معاشرة الرجل أحقية دينه وحسن شريعته ... فيكمل إيمانها ويصح إسلامها [1]

وقد نصت المادة ١٢٠ لقدري باشا على أنه يصح للمسلم أن يتزوج كتابية نصرانية كانت أو يهودية ، ذمية أو غير ذمية وإن كره ، ويصح عقد نكاحها بمباشرة وليها الكتابي وشهادة كتابيين ولو كانا مخالفين لدينها ، ولا يثبت النكاح بشهادتها إذا جحده المسلم ويثبت بها إذا أنكرته الكتابية .

ومن المعروف بديهة أن العقد يجب أن يكون وفق شريعة الزوج أي بالايجاب والقبول الشرعيين ولا يجوز أن يكون وفق طقوس ديانة الزوجة الكتابية . والأولاد الذين يولدون للمسلم من الكتابية ذكوراً كانوا أو إناثاً يتبعون دينه (م ١٢٤ قدري باشا) .

حكم الزواج من الكتابية :

٣٩٤ – إن الزواج من الكتابية إذا تم وفق شريعة الإسلام كان زواجاً صحيحاً وأنتج جميع آثار الزواج الصحيح من ثبوت المهر المسمى والنفقة والمتابعة والنسب إلى غير ذلك ما عدا التوارث بين الزوجين ، أما إذا أسلمت الكتابية فيتوارثان ، وقد نص القانون أن من موانع الارث اختلاف الدين بين المسلم وغيره (فقرة ب من المادة ٢٦٤ من القانون)

---

(١) فقه السنة ج ٦ ص ٢٣٨

كما نص المرحوم قدري باشا في المادة ١٢٥ من أحكامه على أن « اختلاف الدين من موانع الميراث ، فلا يرث المسلم زوجته الكتابية إذا ماتت قبل أن تسلم ، وهي لا ترثه إذا مات وهي على دينها » .

أما إذا غيرت الكتابية دينها إلى دين سماوي آخر كأن تكون أرثوذكسية فتصبح كاثوليكية أو نصرانية فتصبح يهودية فلا تأثير لذلك على عقد النكاح ، وعلى ذلك نصت المادة ١٢٣ من أحكام قدري باشا فجاء فيها ما يلي :

« إذا تزوج المسلم نصرانية فتهودت أو يهودية فتنصرت فلا يفسد النكاح » .

٣٩٥ — ومن الجدير بالذكر أن ما يطبق من شروط الزواج بالمرأة المسلمة يطبق على المرأة الكتابية فلا يحق للرجل المسلم تزوج أحد من محارمه الكتابيات ، كما لايحق له أن يتزوج كتابية وهي في عصمة زوجها الكتابي ، لأن الزواج صحيح على دينها ولو أسلما سوية أقرا عليه ما لم تكن المرأة محرمة عليه في شريعة المسلمين . وعلى ذلك نصت المادة ١٢٨ من أحكام قدري باشا التي جاء فيها ما يلي :

« إذا أسلم الزوجان معاً بقي النكاح على حاله ما لم تكن المرأة محرماً له فإن كانت كذلك يفرق الحاكم بينهما » .

وكذلك لايحق لمسلم أن يتزوج كتابية مطلّقة من زوجها الكتابي قبل انتهاء عدتها منه حسب شريعتها ، ومن المعروف أن العدة عند الكتابيين تختلف باختلاف دينهم ومذاهبهم . فإن فعل كان نكاحه فاسداً ، أما إذا طلقت من الكتابي بسبب اسلامها فعليها أن تعتد عدة المسلمين ولا يتزوجها المسلم إلا بعد انتهاء عدتها من الكتابي ، وكذلك لو طلق

المسلم الكتابية أو توفي عنها فعليها عدة المسلمين ولو بقيت كتابية إلى حين الموت أو الطلاق لتعلق ذلك في حق المسلم ، فإذا تزوجت قبل انتهاء عدة المسلم كان للقاضي أن يفرق بينها . (م ١٢٨ قدري باشا) .

إسلام الزوجين أو أحدهما :

٣٩٦ ـ إذا أسلم الزوجان معاً أقرا على زواجهما السابق إذا كان صحيحاً ولم تكن المرأة محرمة عليه في الشريعة الإسلامية ، وإلاّ فإن الحاكم يفرق بينهما .

وإذا أسلم الزوج فقط والمرأة كتابية فإن النكاح يبقى على حاله ويملك الزوج عليها ما يملكه المسلم من تعدد وطلاق وغيره . أما إذا كانت مشركة أو برهمية أو بوذية أو غير ذلك من الديانات الوثنية وغير السماوية يعرض عليها الإسلام فإن اسلمت بقيت زوجة له شرعاً ، وإن أبت الإسلام أو أسلمت وكانت محرماً له يفرق بينهما ، والتفريق بابائها الاسلام فسخ لاطلاق ، وما لم يفرق الحاكم بينهما فالزوجية باقية صحيحة حتى حصول التفريق .

وعلى ذلك نصت المادة ١٢٧ لقدري باشا حيث جاء فيها ما يلي :

« إذا أسلم الزوج وكانت امرأته كتابية فالنكاح باق على حاله وإن كانت غير كتابية يعرض عليها الإسلام فإن أسلمت فهي زوجته ، وإن أبت الإسلام أو أسلمت وكانت محرماً له يفرق بينهما ، والتفريق بابائها فسخ لاطلاق ، وما لم يفرق الحاكم فالزوجية باقية حتى يحصل التفريق » .

ويلاحظ هنا أن المرحوم قدري باشا لم يذكر حكم ما إذا كانت

مشركة فأسلم زوجها وأبت الإسلام إلا أنهـــا صارت كتابية هل يفرق القاضي بينهما أم لا ؟ وعلى الأصح أنه لايفرق ويبقى نكاحها صحيحاً [1] ، لأن للمسلم الزواج من الكتابية .

أما إذا أسلمت المرأة وحدها وكان في الامكان استمرار الحياة الزوجية بحكم العقد السابق لعدم وجود سبب للتفريق ، عرض الاسلام على الزوج فإن أسلم بقي الزواج على حاله واستمر وإن أبى الإسلام فرق القاضي بينهما سواء كان الزوج مشركاً أم كتابياً ، ولا تفريق قبل عرض الاسلام على الزوج .

وقال الشافعي : إن كان الإسلام قبل الدخول فرق بينهما بمجرد اسلامها ، وإن كان بعد الدخول لايفرق بينهما إلا بعد انتهاء عدتها ، فان اسلم أثناء العدة بقيت الزوجية كما إذا أسلما معاً ، ولا يعرض عليـــه الإسلام ، لأننا أمرنا أن نترك أهل الذمة وما يدينون به ، وتبدأ العدة من تاريخ اسلامها .

والفرقة باباء الإسلام طلاق عند أبي جنيفة ومحمـــد وفسخ عند أبي يوسف ، وقد جاء في المادة ١٢٦ من أحكام قدري باشا ما يلي :

« إذا كان الزوجان غير مسلمين ، فأسلمت المرأة يعرض الإسلام على زوجها فإن اسلم يقران على نكاحها ما لم تكن المرأة محرماً له ، وان أبى الإسلام أو أسلم وهي محرم له يفرق الحاكم بينهما في الحال ولو كان صغيراً مميزاً أو معتوهاً ، فإن كان غير مميز ينتظر تمييزه ، وان كان

(١) أحوال أبي زهرة ص ٢٨٦

مجنوناً فلا ينتظر شفاؤه بل يعرض الإسلام على أبويه لابطريق الالزام ، فإن أسلم أحدهما تبعه الولد وبقي النكاح على حاله ، وإن أباه كل منهما يفرق بينه وبين زوجته ، وإن لم يكن له أب ولا أم يقيم القاضي عليه وصياً ليقضي عليه بالفرقة .

وتفريق القاضي لإباء الصبي المميز وأحد أبوي المجنون طلاق لافسخ ، وما لم يفرق القاضي بينهما فالزوجية باقية .

وقد استقر الاجتهاد القضائي في سورية على أنه إذا أسلمت المسيحية عرض الإسلام على زوجها فإن رفضه فرق القاضي بينهما ، وما لم يفرق بينهما فالزوجية باقية [1]

آثار اسلام الزوجين أو احدهما :

آ - إسلام الأبناء :

٣٩٧ ــ جاء في المادة ١٢٩ من أحكام قدري باشا ما يلي :

م ١٢٩ : إذا أسلم أحد الزوجين وكان بينهما ولد صغير أو ولد لهما ولد قبل عرض الاسلام على الآخر أو بعده فإنه يتبع من أسلم منهما إن كان الولد مقيماً في دار الإسلام سواء كان من أسلم من أبويه مقيماً بها أو في غيرها ، فان لم يكن الولد مقيماً بدار الاسلام فلا يتبع من أسلم من أبويه .

وجاء في المادة ١٣٠ من نفس الأحكام ما يلي :

م ١٣٠ : لايتبع الولد جده ولا يصير مسلماً باسلامه ولو كان أبوه ميتاً وتستمر تبعية الولد لمن أسلم من أبويه مدة صغره سواء كان عاقلاً

(١) القرار رقم ٣٧٢ ــ المحامون لعام ١٩٦٥ ــ العدد ٦ ص ٢٥٨

أو غير عاقل ولا تنقطع إلا ببلوغه عاقلاً ، فلو بلغ مجنوناً أو معتوهاً فلا تزال تبعيته مستمرة .

وهذا ما عليه جمهور الفقهاء إذ اتفقوا على أن الولد يتبع خير الأبوين ديناً ، وقالوا بأن الكتابي خير من المجوسي [1]

واختلفوا في صحة إسلام الصغير العاقل وردته .

فذهب الأحناف والشافعية وخالف أبو يوسف وزفر إلى أن اسلام الصبي العاقل وارتداده صحيح ويجبر على الاسلام ولا يقتل .

وقال أبو يوسف اسلامه صحيح وردته لاتصح (أي إذا ارتد قبل البلوغ) .

أما الإمام زفر فقال : لا يصح اسلامه ولا ردته ، لأن طريقهما الأقوال ، وأقواله غير صحيحة ولا يتعلق بها حكم [2]

وعند الشافعية قولان : الأول : أنه إذا بلغ ووصف الكفر قتل ، والآخر : إنه لا يقتل . [3]

وعلى ذلك فلو اعتبر صغير مسلماً تبعاً لاسلام أحد أبويه ثم عاد إلى دينه السابق بمجرد بلوغه فهل يعتبر مرتداً ويقتل أم لا ؟

فعلى رأي الإمام زفر أنه لا يعتبر مرتداً .

ويعتبر مرتداً إلا أنه يجبر على الاسلام ولا يقتل على رأي الأحناف وأحد الأقوال للشافعية ، أما القول الآخر للشافعية فإنه يقتل إذا وصف الكفر .

---

(١) الاختيار لتعليل المختار ج ٣ ص ١١١ — ١١٢
(٢) الاختيار لتعليل المختار ج ٤ ص ١٤٨
(٣) المهذب للشيرازي ج ٢ ص ٢٢٣

وقد استقر الاجتهاد في سورية على أن الذين يعتنقون الاسلام من غير المسلمين يصبح أولادهم القاصرون مسلمين تبعاً لهم ، وإن هؤلاء القاصرين إذا عادوا إلى دينهم بعد بلوغهم لايعتبرون مرتدين [1]

وهذا يعني أن الاجتهاد أخذ برأي الإمام زفر دون بقية الآراء .

إسلام الأبناء في القانون :

٣٩٨ ـ لقد نصت المادة ١٢ من القرار رقم ٦٠ ل.ر سنة ١٩٣٦ المعدل بالقرار ١٤٦ ل . ر سنة ١٩٣٨ على ما يلي :

م ١٢ : في حال ترك الزوجين طائفتهما أو ترك أحدهما لها يتبع الأولاد الصغار حالة والدهم وتبقى قيود سجلات الأحوال الشخصية المتعلقة بهم كما كانت وتصحح وفقاً لحالة الأب .

تطبق الأحكام السابقة في حالة فك عرى الزواج على أثر وفاة الأب أو ابطال الزواج أو الطلاق أو الهجر حتى ولو كانت حضانة الأولاد أو وصايتهم عائدة للأم .

ومن ذلك يتبين أن القانون نص على اتباع الأولاد دين أبيهم بينما ذهبت الشريعة الإسلامية إلى اتباعهم أشرف الأبوين ديناً . فاذا أسلمت المرأة اتبعها الأولاد فاعتبروا مسلمين وفقاً لأحكام الشريعة الاسلامية خلافاً لحكم القانون .

فأيها يطبق على مثل تلك الحالات ؟ وخاصة فإن تغيير الدين في سورية ليس من اختصاص القضاء . والقول الفصل في ذلك يقضي بوجوب تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية لسببين :

---

(١) القرار رقم ٩١ ـ مجلة نقابة المحامين لعام ١٩٥٧ ص ٩٩

الأول : أن القرار ٦٠ ل . ر مع تعديلاته لايطبق على المسلمين عملاً بأحكام القرار عدد ٥٣ ل . ر تاريخ ١٩٣٩/٣/٣٠ .

والثاني : ان اتباع أحكام الشريعة الاسلامية في جميع القضايا التي لم يرد عليها نص في قانون الأحوال الشخصية هو أمر قرره قانون الأحوال الشخصية ذاته في المادة ٣٠٥ منه .

وحيث أن قانون الأحوال الشخصية هو قانون لاحق لقرارات المفوض السامي الافرنسي فإن أحكامه تكون ناسخة لأحكام القرارات السابقة له .

٣٩٩ — وان القاضي الشرعي وإن كان ليس له صلاحية النظر في تغيير الدين لو رفع له الأمر بصورة مستقلة ، إلا أن له صلاحية النظر فيه كلما كان النظر في ذلك يتوقف عليه فصل قضية أخرى داخلة ضمن اختصاصه .

فاذا طلب منه إعطاء وثيقة حصر ارث لامرأة توفيت بعد اسلامها كان له أن يبحث في دين أولادها حتى يقرر فيما إذا كانوا يستحقون ارثاً من أمهم أم لا . وبذلك يكون تعرضه للنظر في دين الأولاد تابعاً لنظره في وثيقة حصر الارث .

٢ - المهر :

٤٠٠ — إن من يسلم من الزوجين يكون له كل حقوق المسلم ، فاذا أسلمت الزوجة وأبى الزوج الاسلام استحقت كامل مهرها إن كان قد دخل بها ، ونصف المهر إن لم يكن دخل بها ، والمتعة إن لم يكن هناك

دخول ولا يوجد مهر مسمى [1] وإذا أسلم الزوج وامتنعت الزوجة عن الدخول في الإسلام ، أو كانت مشركة وامتنعت عن الدخول في دين كتابي كانت للزوج جميع حقوق الزوج المسلم من ناحية العدة وغيرها [2] أما من ناحية المهر ، فإن كان قد دخل بها فلها ما سمى لها من المهر ، وإن لم يكن قد دخل بها أو لم يكن لها مهر ، فليس لها شيء [3]

- الدخول في الاسلام :

٤٠١ - أجمع فقهاء المسلمين على أن النطق بالشهادتين وهو القول « أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً رسول الله » كاف للدخول في الإسلام وصيرورة الناطق بهما مسلماً . شريطة أن لا يكون فيه ما يدل على بقائه على عقيدته الأولى ، ولا يشترط فيه الإشهاد [4]

وذلك لأن الشريعة الاسلامية تحكم على الظاهر والله أعلم بالسرائر ، ولكن إذا ظهر من الشخص ما ينافي الشهادتين أو ما يدل على بقائه على دينه القديم فلا يعتبر مسلماً ولو نطق بالشهادتين .

فاذا نطق مسيحي بالشهادتين مثلاً ثم دخل الكنيسة وصلى صلاة المسيحيين فلا يمكن اعتباره مسلماً لمناقضة أقواله بأفعاله .

وقد جاء في شرح العقائد النفسية للتفتنازي أنه لو فرضنا أن أحداً

---

(١) المتعة هي كسوة كاملة للمرأة حسب حال الزوج شريطة ألا تقل عن خمسة دراهم ولا تزيد عن نصف مهر المثل . والأصل فيها قوله تعالى: (لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن ، أو تفرضوا لهن فريضة ، ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين) . (بقرة ٢٣٦)

(٢) أحوال أبي زهرة ص ٢٨٧

(٣) شرح فتح القدير ج ٢ ص ٥٠٨

(٤) احوال أبي زهرة ص ٢٨٧ - أما اسلام المرتد فهو أن يأتي بالشهادتين، ويتبرأ من جميع الأديان سوى دين الاسلام (الاختيار ج ٤ ص ١٤٦)

صدق بجميع ما جاء به النبي ﷺ ، ومع ذلك شد الزنار الخاص بالنصارى بالاختيار أو سجد لصنم بالاختيار ، نجعله كافراً [1]

تغيير الدين في القانون :

٤٠٢ — إن لتغيير الدين في سورية أصولاً ادارية مقررة بالقرار ٦٠ ل . ر ولا يدخل الفصل فيه ضمن اختصاص القضاء [2]

وقد نصت المادة ١١ من القرار عدد ٦٠ ل . ر الصادر عن المفوض السامي الافرنسي بتاريخ ١٩٣٦/٣/١٣ على ما يلي :

م ١١ — كل من أدرك سن الرشد وكان متمتعاً بقواه العقلية يمكنه أن يترك أو يعتنق طائفة ذات نظام شخصي معترف بها ويكون لهذا الترك أو الاعتناق مفعوله المدني ، ويمكن أن يحصل على تصحيح القيود المختصة به في سجل النفوس وذلك بأن يقدم إلى دائرة النفوس في محل اقامته صكاً يحتوي على تصريح بارادته هذه وعند الاقتضاء على شهادة قبول من السلطة ذات الصلاحية في الطائفة التي يعتنقها .

كما نصت المادة الأولى من المرسوم رقم ٢٠٩٢ تاريخ ١٩٣٤/١/٣٠ على ما يلي :

م ١ - تتم معاملة تبديل الأديان بين أبناء الطوائف غير المسلمة وفقاً للقاعدة المتبعة في تبديل المذهب بين أبناء الطوائف المسيحية وذلك بأن يقدم الشخص صاحب العلاقة طلباً رسمياً موقعاً منه ومن شاهدين لايقل عمر الواحد منهما ٢١ سنة ويرفق هذا الطلب ببيان من رئيس الطائفة التي يود الالتحاق بها يتضمن قبوله في هذه الطائفة ، وبناء على هذه الأوراق يتم

(١) أحوال أبي زهرة ص ١٠٩

(٢) نقض دمشق ١٩٧٠/٥/٢٣ — القانون لعام ١٩٧٠ ص ٦٣٥

تبديل المـــذهب في سجلات النفوس وفي مـــا يعطي من دفاتر العـائلة وتذاكر الهويـة .

٤٠٣ ـ ولا تزال تلك الأحكام سارية حتى الآن في مشكلة تبـديل الأديان ، فإذا أراد شخص ما تغيير دينه كان عليه أن يتقدم بطلب إلى السلطة الادارية ـ المحافظة ـ يشرح فيه الأسباب الداعية إلى تركه دينه الأساسي واختياره الدين الذي يريد اعتناقه . وعليه أن يرفق الطلب ببيان من رئيس الطائفة التي يود الالتحـــاق بها ، وبعد دراسـة الطلب يعين الرئيس الاداري جلسة يحضرهـا طالب تغيير الدين ورئيس طـائفة الدين الذي يود تركه أو من ينتدبه ورئيس طائفة الدين الذي يود الالتحاق به أو من ينتدبه ، ويناقش طالب تغيير دينه في الأسباب والدواعي الدافعة له لهذا التغيير وينصح بالبقاء على دينه الأصلي ، فإذا أصر صـــدر القرار بتغيير دينه إلى الدين الذي يرغب وأرسلت صـورة عن القرار إلى سجـــلات الأحوال المدنية .

أحكام الردة :

٤٠٤ ـ الردة هي الكفر بالاسلام بعد اعتناقه عن رغبة واختيار أو الكفر بالاسلام بعد الولادة فيه .

وإذا إرتد أحد الزوجين عن الاسلام وقعت الفرقـة بينهما بغير طلاق سواء كان دخل بها أم لم يدخل ، وعند الشافعي لايفرق بينهما حتى تنتهي عدتها . وتعتبر الفرقة بالردة فسخ لاتنقص عدد الطلاق . وإذا كان الزوج هو المرتد كان لها مهرها كله إن دخل بها ، ونصف المهر إن لم يدخـل بها ، وإن كانت هي المرتدة فلها كل المهر إن دخل بها ، وليس لهـــا

شيء من المهر أو النفقة إن لم يدخل بها ، لأن الفرقة كانت من قبلها ، وإن ارتدا معاً ثم أسلما معاً فهما على نكاحهما استحساناً وإن أسلم أحدهما بعد الارتداد معاً فسد النكاح لاصرار الآخر على الردة ، فإن كانت المرأة هي التي عادت إلى الاسلام قبل الدخول بها فلها نصف المهر ، وإن كان الزوج فلا شيء لها . وإن كان أحدهما عاد بعد الدخول فلها كل المهر ، لأن المهر يتقرر بالدخول ديناً في ذمة الزوج والديون لاتسقط بالردة . ولا تأثير لردة الزوجين على الأولاد فيبقى الأولاد مسلمين ، ولا يجوز للمرتد أن يتزوج مسلمة ، أو غير مسلمة لأنه مهدور الدم ، وكذلك المرتدة فلا يجوز أن يتزوجها مسلم ولا كافر [1]

وإذا مات المرتد في عدة المرأة المسلمة فإنها ترثه سواء ارتد في حال صحته أو في مرض موته (م ٣٠٨ قدري باشا) وإذا ارتدت المرأة فإن كانت ردتها في مرض موتها أو ماتت وهي في العدة يرثها زوجها المسلم ، وإن كانت ردتها وهي في الصحة وماتت مرتدة فلا نصيب له في ميراثها (م ٣٠٩ قدري باشا) وفيما عدا ذلك فلا توارث بين المرتد وغيره وإذا مات آلت أمواله إلى بيت مال المسلمين .

وقد استقر الاجتهاد في سورية على أن الردة لاتكون إلا بعد اعتناق الاسلام والولادة فيه [2] فإذا دخل القاصر الاسلام تبعاً لأبيه الذي أسلم ، وكان هذا القاصر لم يعتنق الاسلام عن قصد واختيار ولم يولد فيه ،

---

(١) شرح فتح القدير ج ٢ ص ٥٠٥ — ٥١٦

(٢) مجلة نقابة المحامين لعام ١٩٥٧ العدد ٤ ص ١٤٤ رقم ١٤٢

فلا مانع من اختياره العودة إلى دينه الأصلي بعد أن يصل سن البلوغ ، ولا يعتبر مرتداً [1] .

زواج الزانية :

٤٠٥ ـ ذهب أبو حنيفة ومحمد والشافعي إلى أنه من تزوج حبلى من الزنى جاز النكاح ولا يطؤها حتى تضع حملها ، هذا إذا كان الحمل مجهول النسب ، أما إذا كان ثابت النسب فالنكاح باطل .

وقال أبو يوسف وزفر : إن النكاح فاسد ولو كان الحمل مجهول النسب ، إلا أن يكون الحمل من زنى منه فعند ذلك يجوز النكاح ويحل له وطؤها بمجرد العقد عليها . وقد قال عليه الصلاة والسلام : (لا يحل لامرىء يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماؤه زرع غيره) (رواه أبو داوود والترمذي وحسنه) . [2]

وقد استقر الاجتهاد في سورية على أنه يجوز للرجل أن يتزوج امرأة حاملة من الزنى [3] ولا يعتد بدعوى الزوج أن امرأته زانية وحبلى من الزنى ، ويثبت الزواج وبنوة الولد [4] وان الثيوبة والبكارة في الزوجية لا تؤثر في عقد النكاح فساداً أو إبطالاً ، فمن تزوج امرأة على أنها بكر فوجدت ثيباً صح العقد ولا فساد فيه . [5]

---

(١) مجلة نقابة المحامين لعام ١٩٦١ العدد ٢ ص ٦٤ رقم ٤٤
(٢) شرح فتح القدير ج ٢ ص ٣٨١
(٣) القانون لعام ١٩٦٦ ـ العدد ٤ ص ٤٣٩ والقاعدة ١٢٠٢ من مجموعة القواعد القانونية الشرعية السورية
(٤) المحامون لعام ١٩٦٦ ـ العدد ١٠ ص ٢٣٦ رقم ٥٣٦
(٥) القاعدة ١٢٠٣ من مجموعة القواعد القانونية الشرعية السورية

٤ - العقد الموقوف :

٤٠٦ - العقد الموقوف هو العقد الذي يتولاه ذو أهلية ليست له ولاية لانشاء العقد . فيعقد لغيره دون أن تكون له ولاية شرعية عليه أو وكالة عنه ، مثل عقد الفضولي ، وتزويج الوليّ البعيد مع وجود الوليّ القريب مع امكانه توليّ العقد ، وتزويج ناقص الأهلية نفسه بمهر المثل والكفء .

ويعتبر العقد الموقوف صحيحاً إلا أنه ليس نافذاً ، فإن أجازه صاحب الشأن اعتبرت الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ، ونفذ العقد اعتباراً من تاريخ عقده ، وإن لم يجزه صاحب الشأن بطل واعتبر كأن لم يكن . أما إذا لم يكن للعقد مجيز كان غير صحيح ، كأن يعقد ناقص الأهلية لنفسه بأقل من مهر المثل ، أو بغير كفء ، ووليّه العاصب أخوه ، فيقع العقد غير صحيح لعدم المجيز[1] وإن كان له مجيز ، ولم يجز العقد ، بطل واعتبر ملغى

حكم العقد الموقوف :

٤٠٧ - لا أثر للعقد الموقوف إلا إذا حصل دخول قبل الاجازة . فإذا حصل دخول قبل الاجازة ثم كانت الاجازة ، فإن العقد يعتبر صحيحاً نافذاً من تاريخه ويعتبر الدخول أيضاً دخولاً صحيحاً لأنه حصل في عقد صحيح وينتج الزواج جميع آثار العقد الصحيح .

أما إذا حصل الدخول قبل الاجازة ومن ثم أعقبه الرفض ، فإن الدخول يكون دخولاً بشبهة تسقط الحد وينتج الزواج آثار العقد الفاسد ، فيثبت به مهر وعدة ونسب .

---

(١) أحوال أبي زهرة ص ١٦٠

أما إذا كان الدخول بعد الرفض والعلم به فإنه زنى محض لاينتج أي أثر من آثار الزواج .

وإذا حصلت الوفاة قبل الاجازة أو الرفض فلا توارث بين الزوجين ولو كان هناك دخول لأنه يأخذ حكم العقد الفاسد .

وقد نصت المادة ٥٢ من القانون على أن الزواج الموقوف حكمه قبل الاجازة كالفاسد .

ومن الملاحظ أن المادة القانونية لم تبين حكم الدخول بعد الرفض والعلم به مما يعتبر قصوراً في القانون ، وقد كانت المادة ٥٥ من المشروع الخاص بالأحوال الشخصية المصري قد نصت على أن حكم الزواج الموقوف قبل الاجازة ، كالفاسد إلا إذا حصل الدخول بعد الرفض والعلم به فلا يترتب عليه أثر ما .

٥ ـ العقد غير اللازم :

٤٠٨ ـ العقد غير اللازم هو كل عقد صحيح فيه حق لأحد الأطراف أو للولي للاعتراض عليه وفسخه . كما إذا زوجت الكبيرة نفسها من غير كفء دون موافقة وليها . فيكون هذا العقد غير لازم لأنه يحق للولي طلب فسخه (م ٢٧ أحوال) وكما إذا زوج الولي غير الأب والجد الابن القاصر من كفء وبمهر المثل ومن ثم بلغ القاصر فإن العقد لايلزمه إلا إذا رضي به . فإن لم يرض فإن له حق الفسخ .[1]

وكما إذا اشترطت الكفاءة حين العقد أو أقر الزوج أنه كفؤ ثم تبين أنه غير كفء ، فإنه يحق لكل من الولي والزوجة طلب فسخ العقد (م ٣٢ أحوال) .

---

(١) احوال ابي زهرة ص ١٦١

حكم العقد غير اللازم :

٤٠٩ — حكم العقد غير اللازم قبل الفسخ حكم العقد الصحيح يثبت فيه جميع آثار العقد الصحيح ومنها حرمة المصاهرة وإذا مات أحدهما قبل الفسخ ورثه الآخر.

أما بعد الفسخ : فإن كان الفسخ قبل الدخول فلا يجب فيه شيء من المهر ، أي لا أثر له ، ويكون الفسخ كنقض العقد من أصله .

وإذا كان بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة فيجب فيه المهر المسمى والعدة ويثبت فيه النسب إلى غير ذلك من أحكام الزواج الصحيح وآثاره .

والفرق بين العقد الموقوف والعقد غير اللازم أن الرفض في العقد الموقوف يبطل العقد من أساسه أما الفسخ في العقد غير اللازم فإنه يلغي العقد من تاريخ الفسخ مع الاعتراف بوجوده قبل ذلك ، ولذلك تثبت فيه حرمة المصاهرة .

تعويض الزواج الباطل عند النصارى :

٤١٠ — جاء في قانون الأحوال الشخصية للطوائف الكاثوليكية في سورية أن من تسبب من الزوجين بوقوع الزواج باطلاً أو قابلاً للفسخ توجب عليه أن يعوض الآخر عن الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك . (م ١٧٩ من قانونهم) .

والتعويض نوعان :

الأول : أن يقوم الطرف المذنب بتصحيح الزواج إذا رضي الطرف البريء .

والثاني : أن يقوم الطرف المذنب بتأدية مبلغ من المال إلى الطرف البريء .

أما في حال وقع الزواج باطلًا دون ذنب من أحد الزوجين فمن تمنع عن تصحيحه من غير سبب معقول عُدَّ متسبباً في الفسخ ووجب عليه التعويض.

وعند تقدير التعويض يجب النظر إلى الاضرار المادية والأدبية وإلى مقام الرجل والمرأة وحال كل منهما . (م ١٨٢ من قانونهم) .



آثار الزّواج

٤١١ – إذا انعقد الزواج صحيحاً ترتبت عليه آثار مادية ومعنوية ، وهي الحقوق المتبادلة بين الزوجين .

ويمكن تقسيمها إلى ثلاثة أقسام وهي :

١ – حقوق مشتركة بين الزوجين .

٢ – حقوق خاصة بالزوج على زوجته .

٣ – حقوق خاصة بالزوجة على زوجها .

١ – الحقوق المشتركة بين الزوجين :

٤١٢ – تكاد الحقوق المشتركة بين الزوجين أن تكون واحدة في الديانات الثلاث وهي :

آ – حل الاستمتاع :

وهو ثابت بقوله تعالى : « والَّذينَ هُمْ لِفروجِهِمْ حافِظونَ ، إلاَّ على أَزْواجِهِمْ أَوْ ما مَلكتْ أَيمانُهُمْ فإنَّهُمْ غيرُ مَلومينَ » (المؤمنون ٦)

٤١٣ – وقال الفقهاء : يجب على المرأة أن تبادر إلى فراش زوجها متى طلبها إلى ذلك ، كما يجب على الزوج مبادرتها في أوقات قريبة حتى لاتشعر بالضيق والحرج ، واختلفت في المدة الروايات : فقال ابن حزم : فرض على الرجل أن يجامع زوجته مرة في كل طهر على الأقل إن قدر

على ذلك وإلا فهو عاص لله [1] وقال الغزالي من الشافعية : ينبغي أن يأتيها مرة في كل أربع ليال على الأقل ، أما الأحناف فذهبوا إلى أنه يجب قضاءً على الزوج أن يواقع زوجته مرة واحدة في مدة الزوجية (م ١٥١ قدري باشا) وقد ثبت في السنة الشريفة أن جماع الرجل زوجته من الصدقات التي يثيب عليها الله تعالى : فقد روى مسلم أن عليه الصلاة والسلام قال : (ولك في جماع زوجتك أجر ، قالوا يارسول الله : أيأتي أحدنا شهوته ويكون له فيها أجر ؟ . . . قال : أرأيتم لو وضعها في حرام أكان عليه وزر ! . . . فكذلك إذا وضعها في حلال كان له أجر .

ب - حرمة المصاهرة :

٤١٤ - أي أن الزوجة تحرم على آباء الزوج وأبنائه وفروع أبنائه وبناته . كما يحرم هو على أمهاتها وبناتها وفروع أبنائها وبناتها .

ج - التوارث بين الزوجين :

٤١٥ - ويثبت بمجرد العقد ، فإذا مات أحدهما بعد تمام العقد ولو قبل الدخول ورثه الآخر إلا إذا إختلفا في الدين . وخالف اليهود فلم يورثوا الزوجة من زوجها .

د - ثبوت النسب :

٤١٦ - يثبت نسب الأولاد من الزوج صاحب الفراش .

هـ - المعاشرة المتبادلة في المعروف :

٤١٧ - وذلك لقوله تعالى « وعاشروهن بالمعروف » (نساء ١٩)

---

(١) فقه السنة ج ٧ ص ١٣٣

وجاء في المادة ٣٠ من قانون الأحوال للنصارى الانجيليين أن الزواج يوجب على الزوجين الأمانة الزوجية وحسن المعاشرة والاقتران الجنسي الطبيعي والتعاون في إعانة الاولاد ويلزمهما التوارث بموجب شرائع البلاد.

٢ - حقوق الزوج على الزوجة :

للزوج على زوجته الحقوق التالية :

آ - حق الطاعة :

٤١٨ - للزوج على زوجته حق الطاعة فيما يأمرها به من حقوق الزوجية ويكون مباحاً شرعاً وهذا ما نصت عليه المادة ٢١٢ من أحكام قدري باشا ، التي جاء فيها ما يلي : « من الحقوق على المرأة لزوجها أن تكون مطيعة له فيما يأمرها به من حقوق الزوجية ويكون مباحاً شرعاً وأن تتقيد بملازمة بيته بعد ايفائها معجل صداقها ، ولا تخرج منه إلا بإذنه وأن تكون مبادرة إلى فراشه إذا التمسها بعد ذلك ولم تكن ذات عذر شرعي ، وأن تصون نفسها وتحافظ على ماله ولا تعطي منه شيئاً لأحد مما لم تجر العادة باعطائه إلا بإذنه » .

فإذا لم تطعه فله حق تأديبها بالمعروف اللائق بها ، إذ من النساء من تكفيها الإشارة ومنهن من يكفيها الارشاد والوعظ ومنهن من لاينفع فيها إلا الهجر ومنهن من يحتجن إلى الضرب شريطة ألا يكون مبرحاً وقد جاء في المادة ٢٠٩ من أحكام قدري باشا أنه « يباح للرجل تأديب المرأة تأديباً خفيفاً على كل معصية لم يرد في شأنها حد مقرر ، ولا يجوز أصلاً أن يضربها ضرباً فاحشاً ولو بحق » . وجاء في المادة ٢١١ من أحكام قدري باشا أيضاً أنه إذا اشتكت الزوجة نشوز زوجها وضربه إياها ضرباً فاحشاً ولو بحق وثبت ذلك عليه بالبينة يعزر » .

٤١٩ ــ وعند النصارى : الزواج يوجب على الزوجة إطاعة زوجها في الأمور المباحة (م ٣٢ من أحوال الانجيليين) والرجل هو رأس العائلة وممثلها القانوني والطبيعي وعلى الرجل أن يحمي زوجته وعلى المرأة أن تطيع زوجها (م ٤٦ من أحوال الأرمن الارثوذكس) فإذا لم تطع المرأة زوجها وحدثت خصومات يومية بينهما وتعذر اشتراكهما في المعيشة الواحدة قررت المحكمة الروحية الهجر ، والهجر أن يستقل كل زوج عن الآخر بالاقامة بعيداً عن الآخر في المائدة والمضجع (م ١٧١ من أحوال الروم الارثوذكس) .

٤٢٠ ــ وعند اليهود : متى زفت المرأة إلى زوجها حقت عليها طاعته والامتثال لأوامره ونواهيه الشرعية (م ٧٣ من أحكامهم) . فإن خالفته كان جزاءها الطلاق .

وعند المسلمين تعتبر طاعة الزوجة زوجها واجبة في الحقوق الزوجية ويحسن بها إطاعته فيما دونها من المباحات ويحرم عليها إطاعته في المعاصي كأن يأمرها بترك الصلاة أو الصلام أو أن يأمرها بالخروج متبرجة ، ولا يعتبر عصيانها زوجها في غير الحقوق الزوجية إخلالاً بطاعتها له . فإذا طلب الرجل من زوجته شيئاً من مالها فرفضت أو أن يدير لها أعمالها فأبت فلا يعتبر ذلك إخلالاً بحقوقه لأنه ليس للزوج ولاية على مال زوجته ، ولها التصرف في جميع مالها دون إذنه أو رضاه وليس له معارضتها في ذلك ولها أن تقبض غلة أملاكها وتوكل غير زوجها بادارة مصالحها وتنفذ عقودها بلا توقف على إجازته أو على إجازة أبيها أو جدها عند فقده أو وصيها ان كانت رشيدة محسنة التصرف ، ومهما تكن ثروتها فلا يلزمها شيء من النفقات الواجبة على الزوج (م ٢٠٦ قدري باشا)

٣٢١ — وسلطة الرجل على المرأة مستمدة من قوله تعالى : « وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالمَعْرُوفِ ، وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ » (بقرة ٢٢٨)

وهذه الدرجة هي درجة القوامة في قوله تعالى « الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ ، بِمَا فَضَّلَ اللهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ » (نساء ٣٤) .

وقد جعلت هذه الدرجة والقوامة للرجل على المرأة لأنه أقدر على ضبط عواطفه وتغليب حكم عقله ولأنه صاحب النفقة ، والأسرة خلية اجتماعية تتكون من أفراد لابد لهم من قائد للارشاد والتوجيه وترجيح الرأي عند الاختلاف ، وقد أعطى الله سبحانه وتعالى دفة القيادة للرجل لصفات معينة أوجدها فيه تقتضيها طبيعة الأعمال المهيأ لها ولا توجد في المرأة لأن طبيعة الأعمال المهيأة لها لا تقتضيها .

ب - المتابعة :

٤٢٢ — على الزوجة بعد قبض معجل مهرها أن تتابع زوجها إلى بيت الزوجية متى كان شرعياً وتستقر فيه ، ولا تخرج منه إلا بإذنه ، ولا تبيت عند أحد ولو كان أباها إلا بإذنه أيضاً . وقال الفقهاء المسلمون: للزوجة أن تخرج بدون إذن زوجها في حالتين :

الأولى لزيارة أبويها في كل اسبوع مرة .

والثانية لزيارة محارمها في السنة مرة .

أما إذا كان أحد أبويها مريضاً فلها أن تعوده دون قيد المدة وخاصة إذا كان في حاجة اليها . وليس للمرأة أن تدخل أحداً إلى بيت الزوجية

إلا بإذن من زوجها ، ما عدا أبويها في الاسبوع مرة ومحارمها في السنة مرة ، وللزوج أن ينقل زوجته من بيتها إلى حيث يشاء في البلدة التي تزوجها بها شريطة أن يسكنها بين جيران صالحين ، ولكن ليس له السفر بها اذا كان قصده من السفر إضرارها .

وقد نصت المادة ٢٠٧ من أحكام قدري باشا على أن للزوج بعد ايفاء المرأة معجل صداقها أن يمنعها من الخروج من بيته بلا إذنه في غير الأحوال التي يباح لها الخروج فيها كزيارة والديها في كل اسبوع مرة ومحارمها في كل سنة مرة ، وله منعها من زيارة الأجنبيات وعيادتهن ومن الخروج إلى الولائم ولو كانت عند المحارم . وله إخراجها من منزل أبويها إن كانت صالحة للرجال وأوفاها معجل صداقها وإسكانها بين جيران صالحين حيث سكن من البلدة التي تزوجها بها ولو اشترطا عليه ألا يخرجها من منزلها ، وله أن يمنع أهلها من القرار والمقام عندها في بيته سواء كان ملكاً له أو اجارة أو عارية وجاء في المادة ٢١٦ من أحكام قدري باشا ايضاً ما يلي :

« إذا كان أبو الزوجة مريضاً مرضاً طويلاً فاحتاجها ولم يكن لديه من يقوم بشأنه فعليها الذهاب اليه وتعاهده بقدر احتياجه ولو كان غير مسلم وإن أبى الزوج ذلك » .

أما إذا لم يكن الزوج قد أوفى زوجته معجل مهرها جاز لها الخروج من بيته دون اذنه ولا تكون بذلك ناشزة أو مسيئة ولا تسقط نفقتها، ولها أن تمنع نفسها عنه ما لم يوفها المعجل .

٤٢٣ ـ ومتابعة الزوجة زوجها أمر مقرر في الشرائع السماوية الثلاث .

فعند النصارى أيضاً يتوجب على الزوجة بعد العقد أن تقطن مع زوجها وأن تتبعه إلى حيثما يرى من المناسب أن يسكن (م ٤٧ من أحوال الأرمن الأرثوذكس) .

وعند اليهود على الزوجة أن تتابع زوجها إلى منزله الشرعي المجهز بما يلزمه من اثاث بقدر حالة الرجل ، وليس لها ترك منزله إلا حالة الاضطرار كأن يتقول عنها الجيران قالة السوء . (م ١١٨ - ١٢٢ من أحكامهم) .

وقد استقر الاجتهاد في سورية على أنه لاتجبر الزوجة على المتابعة للمسكن الزوجي إلا إذا ثبتت شرعيته وكانت مستوفية لمعجل مهرها .[١]

فإذا استوفت المرأة معجل مهرها وثبتت شرعية المسكن الزوجي بكشف قضائي الزمت الزوجة بالمتابعة إما بدعوى مستقلة أو بدعوى متقابلة كدفع في دعوى النفقة . فإذا رفضت المتابعة سقطت نفقتها واعتبرت ناشزاً ، ولا تعتبر ناشزاً إلا بعد انذارها باستلام المسكن الشرعي عن طريق دائرة التنفيذ ورفضها ذلك .

ج ـ تدبير المنزل :

٤٢٤ ـ من حق الرجل على المرأة ان تقوم برعاية بيته وتدبير منزله وتربية أولاده وتهيئة الجو الصالح للرجل ليستريح فيه ويجد ما يذهب بعنائه ويجدد نشاطه[٢] .

(١) م نقابة المحامين ١٩٦٣ ـ عدد ١ ص ٤ رقم ٨
(٢) فقه السنة ج ٦ ص ٢٥

ولهذا الحق وجهان وجه معنوي ووجه مادي .

فمن حقه عليها معنوياً أن تستقبله بالبشاشة والسرور ، وأن تلاطفه بالكلام وأن لاترفع صوتها فوق صوته ، وأن تفرح لفرحه ، وتحزن لحزنة ، وتهيء له الراحة والسكون أثناء منامه ، ولا تخالفه فيما يأمرها به من المباحات .

أما حقه عليها مادياً فهو ان تنظف له بيته وتغسل له ثيابه ، وتهيء له طعامه ، وتربي له اولاده ، وفي ذلك خلاف بين الفقهاء .

فذهب مالك وأبو حنيفة والشافعي إلى أن عقد الزواج للعشرة الزوجية لا للاستخدام وبذل المنافع ، ولذلك فليس على المرأة خدمة البيت والقيام بشؤونه إلا إذا كانت من بيئة يقوم نساؤها بذلك . (١)

وقال الأحناف إذا تطوعت المرأة فقامت بإعداد الطعام لأكلها فلا يجوز لها أخذ الأجرة على ذلك وإن كان لا يجب عليها تهيئة الطعام قضاء ، ولكن لها أخذ الأجرة على ما تسوية من الطعام بأمره للبيع (مادة ١٨٠ قدري باشا)

وقال أبو ثور من أصحاب الشافعي رضي الله عنها : يتوجب على المرأة خدمة البيت والأولاد . وقد ثبت في الآثار الصحيحة أن نساء النبي والصحابة كن يقمن بخدمة بيوتهن وأن فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت تخدم بيتها وتشكو لأبيها آثار الرحى في يديها، وقالت أسماء بنت أبي بكر رضي الله عنها : كنت أخدم الزبير خدمة

(١) احوال ابي زهرة ص ١٧٣

البيت كله ، وكانت له فرس فكنت أسوسها ، وكنت أحش لها وأقوم عليها .

وهذا والله ما يجب الأخذ به دون كلام الفقهاء . وخاصة في خدمة المرأة لبيتها لذة لا تدانيها إلا لذة العمل والكسب عند الرجال ، وكم من إمرأة فاخرت جيرانها بحسن تدبيرها لمنزلها ورعايتها لشؤون أولادها . وأبت إلا أن تهيء طعامها بنفسها مزهوة بعملها مع وجود من يخدمها من النساء . وليست إمرأة أفضل من بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى تترفع عن خدمة البيت ورعاية شؤون الأولاد .

٤٢٥ — وعند النصارى تعتبر الزوجة مديرة شؤون المنزل الداخلية ويتعاونان في تربية الأولاد .

(م ٣٤ من أحكام الانجيليين و م ٤٥ من أحكام الأرمن الأرثوذكس)

٤٢٦ — أما اليهود فقد أوجبوا على الزوجة خدمة زوجها بشخصها خدمة لا يهينها بها (م ٧٤ من أحكامهم) . وعليها خدمة البيت إذا كانت هي وزوجها فقيرين (م ٧٨ من أحكامهم) أما إذا كان هو موسراً وقد دخلت له بمال غير يسير فلا يلزمها القيام بخدمة البيت إلا بقدر ماينبغي (م ٧٧ على أحكامهم)

د — حمل لقب الزوج عند النصارى :

٤٢٧ — انفرد النصارى في إلزام الزوجة باتخاذ اسم عائلة زوجها والتخلي عن اسم عائلتها ما دام الزواج قائماً بينهما . وقد نصوا على ذلك في مشاريع قوانينهم . فجاء في المادة ٤٧ من أحوال الأرمن الأرذثوكس ما يلي :

م ٤٧ : على الزوجة أن تتخذ شهرة عائلة زوجها وأن تقطن معه وأن تتبعه إلى حيثما يرى من المناسب أن يسكن .

وجاء في المادة ٣٢ من أحوال الانجيليين ما يلي :

م ٣٢ : على الزوجة اتخاذ اسم عائلة زوجها وإطاعته في الامور المباحة.

هـ - الاستيلاء على مال الزوجة عند اليهود :

٤٢٧ - تفرد اليهود في إعطاء الرجل الحق في الاستيلاء على مال زوجته وكسبها وفيما تجده لقية . ويرثها إذا ماتت ولا ترثه . وهذا مخالف للاسلام والنصرانية.

فقد جاء في المادة ٧٥ من أحكام الموسويين ما يلي :

م ٧٥ : للرجل الحق فيما تكتسبه زوجته من كدها وفيما تجده لقية وفي ثمرة مالها وإذا توفيت ورثها .

وجاء في المادة ٨٥ من أحكامهم ما يلي :

م ٨٥ : ممنوعة المرأة من التصرف بأموالها بلا اذن زوجها .

وقسم اليهود أموال المرأة إلى ثلاثة أنواع :

١ - مال تدفعه للرجل وهو المعروف بالدوته ويصبح من حق الرجل بعد الزواج وينحصر حقها في استعادته عند الوفاة أو الطلاق ما لم يضع حقها باحد الأسباب المضيعة .

٢ - مال لم تدفعه للرجل وإنما يكون لها قبل الزواج ، فهذا المال يكون ثمرة للرجل ويبقى أصله للمرأة .

٣ - مال تكتسبه وهي عند الزوج ويكون حقاً خالصاً للزوج ولا تأخذ المرأة منه شيئاً .

و ـ الدوطة عند النصارى :

٣٢٩ ـ الدوطة أو البائنة عند النصارى هي كل ما يتفق على تقديمه للزوج من المرأة ، أو أقربائها في سبيل زواجها . من مال مملوك مقدمه حر الإرادة والتصرف .

والبائنة نوعان : إما أن تعطيها الزوجة أو أهلها للزوج بدون ورقة إتفاق فيكون الزوج حراً بالتصرف بها ، وأما أن تعطى بموجب إتفاق مخطوط فلا ينفقها الزوج إلا باتفاق مع زوجته في سبيل مصلحة العائلة (م ٤٣ من قانون السريان الأرثوذكس) .

ويلاحظ هنا أن البائنة عكس المهر فبينما يقدم الزوج المهر تقدم الزوجة البائنة .

ويمكن للزوجة أن تخصص جميع أموالها للبائنة وحتى الأموال التي ستمتلكها في المستقبل . وإذا اتفق الطرفان على تقديم البائنة ثم عدلت الزوجة عن تقديمها كان من حق الرجل وحده أن يقيم الدعوى وأن يطلب إستلام البائنة وفائدتها وإيرادها أو العطل والضرر ممن تعهد بها (م ٨٦ من أحوال الأرمن الأرثوذكس) .

ويثبت تأسيس البائنة أما بقيد المطرانية وأما بسند عادي موقع من الفريقين (م ٨٨ من أحوال الأرمن الأردثوكس) أما الأموال غير المنقولة فيجب أن تسجل في الدوائر العقارية وفقاً لقوانين الدولة .

الشروط في البائنة :

٤٣٠ ـ جاء في المادة ٦١ من قانون الأحوال للكاثوليك أنه يمكن

تقييد التعهد بالبائنة بكل شرط لا يتنافى مع الشرع [1] . وذلك لأن البائنة عقد ، ومن المعروف أن العقد شريعة المتعاقدين ، فإذا شرطت الزوجة في البائنة شروطاً ووافق عليها الزوج كانت تلك الشروط نافذة عليه ، وعلى ذلك فإن بإمكان الزوجة أن تشترط عند تأسيس البائنة أن يكون قسماً من إيراداتها لها لتنفقها لحاجاتها الشخصية ، إلا أن قانون الأحوال الشخصية للأرمن الأرثوذكس قد حدد هذا الشرط بما لا يزيد عن ثلث الإيراد . (م ٩١ من احوال الأرمن الأرثوذكس).

كما أباح القانون نفسه للزوجة أن تشترط على الزوج أن يقدم كفالة لزوجته لقيامه بإدارة البائنة وقبض إيراداتها وجمع ثمارها (م ٩٠ من نفس القانون) .

فإذا لم يكن هناك شروط خاصة بالنسبة للبائنة كان للزوج أن يتصرف بها بيعاً وشراء وإيجاراً كملكه الخاص دون أن يحق لزوجته الاعتراض على ذلك .

هبة البائنة ونقلها

٤٣١ — ليس للزوجة عند الأرمن الأرثوذكس بعد أداء البائنة إلى الزوج أن تهبها أو تنقلها إلى الغير إلا بإذنه ، فإن رفض كان لها ذلك بإذن المحكمة في الحالات التالية :

---

(١) جاء في المادة ١٤١ من قانون الحق العائلي للروم الارثوذكس أن كل اتفاق يرد في صك البائنة يخالف الغاية المقصودة من البائنة أو يجرد الزوج من المسؤولية أو يجيز له أن يتصرف فيها تصرفاً مضراً مخالفاً لاحكام البائنة فهو اتفاق لغو لا يعمل به .

١ - إذا كانت بحاجة أن تؤسس عملاً لأولادها الحاصلين لها من زوجها الحالي أو من زوجها السابق .

٢ - إذا كانت الزوجة قد أكملت الخامسة والأربعين من عمرها . وليس لها أولاد أو فروع وترغب في أن تهب أموالها إلى غاية خيرية وفي هذه الحالة يبقى حق الزوج بالانتفاع من ريع الأموال غير المنقولة محفوظاً.

٣ - لتخلص الزوج أو الزوجة من الحبس أو من النفي .

٤ - لنفقة العائلة

٥ - لحفظ الأموال غير المنقولة إذا كان من الضروري إجراء تصليحات مهمة

٦ - إذا كانت البائنة جزءاً لا يتجزأ من عقار يقتضي بيعه لأجل تقسيمه . (م ٩٤ من أحوال الأرمن الأرثوذكس).

وعند الكاثوليك لاتصح الهبة ولا الوصية في أموال البائنة ، وما دام الزواج قائماً لايستطيع الرجل ولا المرأة ولا كلاهما معاً أن يبيعا أو يرهنا أموال البائنة الثابتة غير المثمّنة إلا اذا كان جرى اتفاق على ذلك في صلب التعهد بالبائنة نفسه وفي الأحوال المستثناة التالية :

١ - يجوز للمرأة بإذن من زوجها أن تهب بائنتها لأولادها منه لتزويجهم .

وتستطيع أيضاً بإذن الزوج أو باجازة من المحكمة إن رفض أن تهب هذه الأموال وللغاية عينها لأولادها من زواج سابق على أن يبقى حق الانتفاع بها للزوج إذا لم يكن هو الآذن .

٢ - متى أربت المرأة على الخمسين من عمرها ولم يكن للزوجين ذرية

حية يمكنها بإذن زوجها وبإجازة المحكمة أن تهب أموالها لبيوت البر والاحسان . وإذا امتنع الزوج عن إعطاء اذنه ، فيجوز للمحكمة أن تسمح المرأة بالاستغناء عنه ، لكن يتحتم في هذه الحال أن يبقى للزوج حق الانتفاع بالأموال الموهوبة . (م ٦٨ من أحوال الكاثوليك) .

وعند الروم الأرثوذكس لايجوز للمرأة أن توصي بالبائنة ولا أن تهبها وبعد موتها تكون تركة لورثتها ، وكل هبة أو وصية تصدر منها بالبائنة تعد باطلة . (م ١١٣ من قانونهم) .

استرجاع البائنة أثناء قيام الزوجية :

٤٣٢ – للمرأة عند الروم الأرثوذكس أن تسترجع بائنتها أثناء قيام الحياة الزوجية في الأحوال التالية :

١ – لأجل النفقة على نفسها .

٢ – لأجل ابتياع حقل ذي ريع أوفى .

٣ – لأجل الانفاق على أبيها المنفي أو على رجلها أو إخوتها المعسرين أو على من تجب نفقته عليها .

وعليه فإن استرداد المرأة البائنة من رجلها في حال ارتباطها بصك الزواج في غير الأحوال التي ذكرت ليس جائزاً (م ١٢٧ من قانونهم) .

إثبات البائنة :

٤٣٣ – إذا كانت البائنة محررة بصك فتثبت به أما إذا لم يحرر بها صك . فيثبت الاتفاق على البائنة وفقاً للأحكام النصرانية بشهادة الشهود وكذلك يثبت تسليمها أيضاً بالشهادة ، واشترط الأرمن الأرثوذكس لجواز إثبات تسليم البائنة بالشهادة وجود ابتداء بينة خطية (م ٨٩ من أحوال الأرمن الأرثوذكس) .

أما وفقاً لقانون البينات السوري ، فبما أن البائنة عقد ، والعقود إذا جاوزت قيمتها المائة ليرة سورية لاتثبت إلا بالكتابة ، فلا يجوز إثبات البائنة إذا تجاوزت المائة ليرة سورية إلا بالكتابة أو الإحتكام للذمة عند الانكار . هذا مع امكانية الأخذ بفكرة المانع الأدبي بين الزوجين عند النظر في أمر الإثبات .

تقادم دعوى البائنة :

٤٣٤ – يسقط حق إقامة الدعوى باستلام البائنة بعد مرور عشر سنوات على تاريخ الزواج ويعتبر الزوج المهمل في المطالبة بها مسؤولاً عن ضياعها (فقرة ٢ من المادة ٦٣ من أحوال الكاثوليك) و (المادة ١١٥ من قانون الحق العائلي للروم الأرثوذكس) .

رد البائنة

٤٣٥ – ترد البائنة لدافعها إذا كان قد دفعها ولا يطالب بها إن لم يكن دفعها في الأحوال التالية :

١ ـ إذا لم يتم الزواج الشرعي بين الزوجين .

٢ ـ إذا كان المتعهد بالبائنة غير حر التصرف .

٣ ـ إذا كان المتعهد بالبائنة لم يبلغ من العمر إحدى وعشرين سنة على الأقل عند الروم الأرثوذكس .

٤٣٦ – وترد البائنة للزوجة في الأحوال التالية :

١ – إذا انتهى الزواج بالطلاق عند الأرمن الأرثوذكس . أما عند الروم الأرثوذكس فلا ترد إلا إذا كان الطلاق بسبب من الرجل (م ١٣٣ من أحوالهم) .

٢ ـ وفاة الزوج دون أولاد عند الأرمن الأرثوذكس (م ٩٥ من أحوالهم) وعند الروم الأرثوذكس ترد البائنة عند وفاة الزوج إلى المرأة إذا كانت ولية أمرها ، واليها وإلى وليها معاً متى كانت لم تزل تحت الولاية (م ١٣١ من أحكامهم) . وعند الكاثوليك ترد البائنة عند وفاة الزوج الى الزوجة إن لم يكن لهما أولاد أو كان لهما أولاد راشدون ، أما إذا كان لهما أولاد قاصرون فترد البائنة الى الزوجة على أن يكون حق الانتفاع بها مشتركاً بينها وبين الأولاد ما داموا قاصرين (م ٧٢ من قانونهم) .

٣ ـ إذا حكم بالهجر الدائم بين الزوجين الكاثوليكيين بذنب من الرجل ، كانت البائنة ملكاً وانتفاعاً للزوجة عند عدم الأولاد أو عند وجودهم راشدين ، وملكاً مع حق الانتفاع المشترك بينها وبين الأولاد إن وجدوا وكانوا قاصرين (م ٧٤ من قانونهم) .

أما في حال الحكم في الهجر المؤقت فإن المحكمة تفصل في قضية البائنة .

٤٣٧ ـ وترد البائنة للأولاد في الأحوال التالية :

١ ـ إذا حصل الطلاق بسبب من المرأة وللزوجين نسل وعند وفاة الأولاد تنتقل البائنة لورثتهم ، فإن كان الأولاد عند انتقال البائنة لهم قاصرين تولى الأب تثميرها حتى يرشدوا (م ١٣٥ من قانون الروم الأرثوذكس) .

٢ ـ إذا كانت المرأة هي المتسببة بالهجر الدائم عند الكاثوليك .

٣ ـ وفاة الزوجة إذا كان لها أولاد .

وترد البائنة لورثة الزوجة في الحالة التالية :

إذا توفيت المرأة ولم يكن لها نسل إلا إذا كان هناك اتفاق خاص .

أحكام رد البائنة :

٤٣٨ — ترد البائنة بالصور الآتية :

١ ـ إذا كانت البائنة دراهم يدفع المبلغ المقبوض بدون فائدة .

٢ ـ إذا كانت منقولاً يرد كما هو وإذا لم يوجد يدفع ثمنه .

٣ ـ إذا كانت غير منقولة ترد في الحالة التي كانت عليها عند توجب الرد .

٤ ـ إن الزوج أو ورثته لا يكونوا مسؤولين إلا عن الأضرار التي يكونوا قد سببوها عن سوء نية .

٥ ـ تحسم المصاريف القانونية والاعتيادية من أصل البائنة . وكذلك مصاريف جنازة الزوجة . (انظر المادة ١٠٠ من أحكام الأرمن الأرثوذكس) .

ومن الجدير بالذكر أن الزوج لايلزم برد فوائد البائنة وثمارها لأن تلك الفوائد هي ملك له طيلة قيام الزوجية . أما متى وقع الطلاق انقسمت عائدات البائنة بالنسبة لتاريخ الطلاق فما كان منها بعده فللمرأة إذا كانت مستحقة لبائنتها .

مدة رد البائنة :

٤٣٩ — يجب رد البائنة إلى مستحقيها فوراً دون تأخير . وإذا كان ما يجب رده دراهم كان بامكان الزوج أن يطلب مهلة للرد على أن لاتتجاوز السنة الواحدة ، أما الورثة فليس لهم الحق بأي مهلة (م ١٠١ من أحكام الأرمن الأرثوذكس) . وإن الدعوى برد البائنة تقام حال انفكاك عقد الزواج .

أموال الزوجة النصرانية غير البائنة :

٤٤٠ – إن أموال الزوجة غير المخصصة للبائنة تكون ملكها الخاص وكذلك إيراداتها وفوائدها ويخصص ثلث تلك الايرادات لمصاريف العائلة ما لم يوجد اتفاق للزيادة ، وعندما تكون العائلة بحالة ضيق يمكن لمحكمة البداية بناء على طلب اصحاب العلاقة زيادة النسبة لتخلص العائلة من حالة الضيق هذه (تنظر المواد ١٠٢ حتى ١٠٥ من أحوال الأرمن الأرثوذكس)

الدوطة عند اليهود :

٤٤١ – الدوطة عند اليهود هي ما تدفعه المرأة للرجل عند الزفاف ، وهي مماثلة للدوطة عند النصارى وأحكامها متشابهة إلا في بعض الجوانب الثانوية .

ويرد مال الدوطة إلى الزوجة عند طلاق زوجها أو وفاته ، فإذا نقصت القيمة عن أصلها وكان الشيء غير لائق للاستعمال فللزوجة الحق في قيمتة الأصلية ، وإذا هلك مال الدوطه كان هلاكه على الرجل (المادتان ٨٨ – ٩٠ من أحكام الموسويين) .

٣ – حقوق الزوجة على زوجها :

أ – العدل :

٤٤٢ – لقد أمر الله سبحانه وتعالى بالعدل في كل شيء ، والعدل مع المرأة مطلوب قبل كل شيء ، وهو المعاشرة بالمعروف ، وقال العلماء : إن المعاشرة بالمعروف هي أن يعاملها كما يجب أن تعامله هي ، فيؤانسها كما تؤانسه ، ويلاطفها كما تلاطفه ، ويحترمها كما تحترمه ، ولا يبدي لها غلظة في موضع اللين ، ولا يلين لها في موضع الحزم حتى تصبح وكأنها هي القوامة عليه . وقد قال عليه الصلاة والسلام :

« خيركم خيركم لأهله ، وأنا خيركم لأهلي » .

أما إذا كان الرجل متزوجاً أكثر من واحدة فإن العدل المطلوب هو العدل في النفقة والمبيت ، ويسمى هذا النوع من العدل لدى فقهاء الشريعة الاسلامية « القسم » ، ولا يسقط القسم إلا في السفر ، فـإن سافر الرجل فله أن يصطحب من يشاء من زوجاته أثناء سفره ، ولا يلزم أن يقيم عند الأخرى مقدار المدة التي صاحب فيها الأولى . والأفضل أن يصطحب في كل مرة من سفره واحدة .

أما العدل في المحبة وميل القلب فإنه غير مطلوب في الرجل ، لأن ذلك لايملكه وقد كان عليه الصلاة والسلام يقسم لأزواجـه في المبيت والنفقه ويقول :

« اللهم هذا قسمي فيما أملك ، فلا تؤاخذني فيما تملك ولا أملك »
أي لاتؤاخذني في المحبة وميل القلب لأنني لا أملكها .

٤٤٣ ـ وقد أوصت الأحكام النصرانية اتباعها بوجوب الاحترام المتبادل بين الزوجين وأن يعيشا سوية ويتحملا بمخافة الله مـاطرأ على كل واحـد منهما من ضروب التعاسة (م ٧٠ من قانون الروم الأرثوذكس) .

٤٤٤ ـ وعند اليهود يتوجب على الزوج مواقعة زوجته وتمريضها إذا مرضت ، وإطلاق سراحهـا إذا أسرت ، ودفنهـا عند الوفاة (م ١٠٦ من أحكامهم) . وعلى الرجل أن يحب زوجته ويحترمهـا (م ١٤٦ من أحكامهم) وأن لايسافر إلا بإذنهـا ، ولهـا منعه إذا كان السفر لجهة بعيدة (المادتان ١٢٩ - ١٤٢ من أحكامهم) .

ب ـ الاستقرار في البيت :

٤٤٥ ـ من حق الزوجة على زوجها أن يساكنها في المسكن الشرعي ولا يغيب عنه لمدد طويلة فيذرها كالمطلقة .

وقد روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه مرّ بامرأة في بيتها وهي تقول :

تطاول هذا الليل واسود جانبه وطال عليّ أن لا خليل ألاعبه

والله لولا خشية الله وحده لحُرِّك من هذا السرير جوانبه

ولكن ربي والحياء يكفني وأكرم بعلي أن توطأ مراكبه

فسأل عنها عمر ، فقيل له : هذه فلانة ، زوجها غائب في سبيل الله ، فأرسل اليها تكون معه ، فبعث عمر رضي الله عنه إلى زوجها فأقفله (أي أرجعه) ثم دخل على حفصة فقال : يابنية ... كم تصبر المرأة على زوجها ؟ ... فقالت : سبحان الله . مثلك يسأل مثلي عن هذا ؟ ... فقال : لولا أني أريد النظر للمسلمين ما سألتك ، قالت : خمسة أشهر ... ستة أشهر ، فوقت للناس في مغازيهم ستة أشهر ... يسيرون شهراً ، ويقيمون أربعة أشهر ، ويسيرون راجعين شهراً [١]

٤٤٦ ـ وعند النصارى سكنى الرجل في البيت لزوجي التزام أدبي تفرضه طبيعة عقد الزواج وغاياته [٢] ومثله عند اليهود ، وقد رأينا أن اليهود قد جعلوا إذن سفر الزوج بيد الزوجة ، أما النصارى فلم يتعرضوا لذلك أبداً وانما اوجبوا على الزوجة إذا أراد زوجها أن يسافر بها أن ترافقه وإن كان المكان بعيداً . وإذا حكم على الزوجين بالهجر و جب أن يستقل كل منهما عن الآخر في السكنى والمضجع والمائدة . (م ١٧١ من قانون الروم الأرثوذكس)

---

(١) فقه السنة ج ٧ ص ١٣٤

(٢) ينظر الحقوق والواجبات الناشئة عن عقد الزواج في القوانين الكنسية

ب - المسكن

٤٤٧ - المسكن الشرعي هو المسكن الصالح لاقامة الزوجة صحة وأمناً .

وهو من حق الزوجة على زوجها بعد الزواج ، ولا تلزم بمتابعة الزوج إلا إذا كان مسكنه شرعياً . وهذا الحق مقرر للزوجة عند المسلمين والنصارى واليهود على حد سواء .

شروط شرعية المسكن :

٤٤٨ - يشترط في المسكن حتى يكون شرعياً الأمور التالية :

١ - أن يكون مناسباً لحال الزوج عسراً ويسراً .

٢ - أن يكون مماثلاً لمسكن أمثال الزوج .

٣ - أن يكون مجهزاً بالأدوات والتجهيزات والمؤونة الكافية المستقلة .

٤ - أن توجد فيه المرافق الشرعية .

٥ - أن لا يسكن فيه من الأقارب من يؤذي الزوجة .

٦ - أن يكون بين جيران صالحين يمنعون الأذى عن الزوجة .

٧ - أن يكون مساوياً لمسكن الضرة في حال وجودها .

١ - المناسبة لحالة الزوج :

٤٤٩ - يشترط في المسكن أن يكون مناسباً لحالة الزوج أعسراً

ويسراً وقد جاء في المادة ٢٨٥ أحوال شخصيـة لعلي حيدر المعمول بهـا بدلالة المادة ٣٠٥ أحوال أن المسكن الشرعي للزوج الموسر هو دار مستقلة وللزوج المتوسط الحال هو غرفة ذات غلق مستقل مع مرافقها المستقلة ، وللزوج الفقير الحال هو غرفة مع مرافق مشتركة .

وجاء في المادة ١٨٤ لقدري باشا : تجب السكنى للمرأة على زوجها في دار على حدتها إن كانا موسرين وإلا فعليه اسكانهـا في بيت من دار على حدته به المرافق الشرعية وله جيران بحسب حال الزوجين . وقـد نقلت هذه المادة بنصها إلى قانون الكاثوليك وأدرجت في المـادة ١٥٨ من أحـكامهم .

وقد جاء في إجتهاد لمحكمة النقض الموقرة بدمشق أن للمسكن شروطاً أساسية لابد من توفرها فيه مهما كانت حالة الزوج ، وإن خلوه منها ينفي عنه صفة المسكن ، وهي أن يكون فيه غرفة واحـدة على الأقل ذات غلق مستقل وأن يكون فيه بيت خلاء ومطبخ مشترك كما نص عليه علي حيدر في المادة ٢٨٠ من كتاب النفقـات الموافق للراجح من مذهب أبي حنيفة والمعمول به فيما لا نص عليه في قانون الأحوال الشخصية بموجب المادة ٣٠٥ من هذا القانون . [١]

ووفقاً لذلك فإذا كان الزوج بمقتضى حاله لا يستطيـع تـأمين دار مستقلة لزوجته كان سكناه في دار مشتركـة مع الأغراب لا يقدح في شرعية مسكنه ، ما دام هذا المسكن يتألف من غرفة مستقلة لها غلق مستقل . وهذا هو فحوى المادة ٣٥ من قانون الأحوال للسريان لأرثوذكس ايضاً .

(١) القاعدة ١٦٩ من مجموعة القواعد القانونية الشرعية السورية .

وقد استقر الاجتهاد أن وجود أجنبي في الدار المشتركة لا يؤثر في شرعية المسكن ما دام الزوج لايكلف بدار مستقلة بمقتضى حاله[1] إلا أن وجود البالغ في المسكن الشرعي يقدح في شرعيته إذا ثبت فسقه أو فجوره وسوء أخلاقه [2] وذلك حفاظاً على شرف الزوجة وعفتها .

٢ - المماثلة مع مسكن الأمثال :

٤٥٠ - لايكفي أن يكون المسكن مناسباً لحال الزوج عسراً ويسراً وانما يجب أن يكون بنسبة بيئة الزوج وحال أمثاله من أبناء هذه البيئة لا على مجرد الغنى فقط [3] فإذا كان الزوج طبيباً أو محامياً أو مهندساً أو ضابطاً فينظر فيما إذا كان أمثال الزوج في مهنته يسكنون بمثل هذا المسكن أم لا . وفي مثل الحيّ الذي يقع فيه أم لا .

وان الاجتهاد مستقر على أن للزوج أن يسكن زوجته في المكان الذي يريد شريطة أن يكون مسكن الأمثال إلا إذا كان يقصد من ذلك الاساءة إلى الزوجة [4] وان كون المسكن في حماه والزوج في الكويت ليس دليلاً كافياً على قصد الاساءة طالما أن للزوج اسكان زوجته في المكان الملائم لأحواله ، وهو وحده الذي يقدر هذه الملائمة ، ولا تملك المحكمة التدخل في هذا الشأن ما لم يثبت لها تعسف الزوج وقصد الاساءة إلى الزوجة في هذا السبيل [5] وليس ما يمنع أن يكون المسكن المقدم من الزوج ملكاً للزوج أو مستأجراً أو معاراً [6] عملاً بأحكام المادة ٢٨٣ من الأحوال الشخصية لقدري حيدر .

---

(١) القاعدة ١٨٦ من مجموعة القواعد القانونية الشرعية السورية .
(٢) القاعدة ٢٠٥ من مجموعة القواعد القانونية الشرعية السورية .
(٣) القاعدة ١٦٦ من مجموعة القواعد القانونية الشرعية السورية .
(٤) القاعدة ١٨٠ من مجموعة القواعد القانونية الشرعية السورية .
(٥) القاعدة ١٧٩ من مجموعة القواعد القانونية الشرعية السورية .
(٦) القاعدة ١٧٧ من مجموعة القواعد القانونية الشرعية السورية .

وقد نص القانون أنه يتوجب على الزوج إسكان زوجته في مسكن أمثاله (م ٦٥ أحوال) . أما إذا كانت الزوجة تستوحش من المسكن الشرعي كالدار الخالية من السكان المرتفعة الجدران فعليه أن يأتيها بمؤنسة أو ينقلها إلى حيث لاتتوحش (م ١٨٧ من أحكام قدري باشا) .

٣ - التجهيز بالأدوات والمؤونة الكافية المستقلة :

٤٥١ - يجب أن يكون المسكن قابلاً لاقامة الزوجة فيه . وقد جاء في المادة ١٨٨ من أحكام قدري باشا ما يلي :

م ١٨٨ - يفرض للمرأة ما تنام عليه من فراش ولحاف وما تفترشه للقعود على قدر حالها ولا يسقط عنه ذلك ولو كان لها أمتعة من فراش ونحوه وعليه أيضاً ما يلزم من سائر أدوات البيت وما تتنظف وتتطيب به المرأة على عادة أهل البلد .

وعلى ذلك فإن الزوج ملزم بتأثيث المسكن الشرعي حتى يحكم بشرعيته ولو كان مفروشاً بأغراض الزوجة ، لأن الزوجة لاتلتزم بفرش المسكن الزوجي وتأثيثه ، والفرش بحسب حال الزوج أيضاً فمن كان فقيراً يقبل منه فراش ولحاف وبساط والأدوات الضرورية لطبخ الطعام وتقديمه ، أما من كان مقتدراً فلا يقبل منه ذلك .

فمن كان غنياً توجب عليه إعداد الأسرة والخزائن والفراش الوثير واللحاف الدافيء والمقاعد المنجدة والسجاجيد الملائمة والأدوات الصحية والمطبخية من قدور وصحون وملاعق وشوك وسكاكين وأباريق وبوتوغاز وغسالة وبراد إلى غير ذلك مما يضعه الأمثال في بيوتهم .

ويتوجب على الزوج سواء كان غنياً أم فقيراً أن يضع في مسكنه الزوجي مؤونة تكفي المرأة شهراً على الأقـــل حسب حاله [1] . ويقتضي العرف أن تكون المؤونة متنوعة من رز وسكر وبرغل وطحين وعدس وشاي وقهوة وبطـاطا وجبن وزيتون ومعقود وسمن وزيت بـلدي وثوم وبصل وملح وصابون إلى غير ذلك من المواد شريطة أن تكون بمجموعها كافية لاعاشة الزوجة شهراً أي ألا يقل وزن كل مادة عن ٢ كغ تقريباً تخصص للزوجة على وجه الاستقلال لأنه لايجوز الاشتراك بالمؤونة مع الغير ولو الأهل . وقد استقر الاجتهاد على أن نقصان الأشياء الضرورية من المسكن الزوجي كالفراش واللحاف يقدح في شرعيته [2] أما نقصان بعض المواد غير الأساسية كالزيتون والبطاطا من المسكن لايؤثر في شرعيته لأنها ليست من حاجات البيت الأساسية ، إذ يمكن الاستعاضة عنها بغيرها من الأطعمة المتوفرة [3] ، وإن بامكان القاضي أن يأمر الزوج بتأمين تلك النواقص في المسكن عند التسليم والتنفيذ [4] .

٤ ـ **المرافق الشرعية** :

٤٥٢ ـ قررت الهيئة العامة لمحكمة النقض بدمشق أن وجود المرافق العـــامة من شرائط صحـة المسكن [5] وعلى ذلك استقرت جميـــع الاجتهادات والأحكام .

---

(١) عند النصارى يتوجب أن تكون المؤونة كافية لثلاثة أشهر .
(٢) قرار ٥٤ ـ أساس ٥٨٤ ـ تاريخ ١٩٧٢/١٠/١٨ ـ المحامون لعـــام ١٩٧٢ ص ٤٠٨ اجتهاد
(٣) قرار ٥٦٤ ـ أساس ٦٠١ ـ تاريخ ١٩٧٢/١١/٢٥ ـ المحامون لعـام ١٩٧٢ ص ٤٠٧ اجتهاد
(٤) قاعدة ١٧٥ من مجموعة القواعد الشرعية السورية .
(٥) قرار رقم ١٤٨ تاريخ ١٩٥٧/٤/٢٧

ويقصد بالمرافق العامة بيت خلاء ومطبخ وحمام ، وتنور وبئر ماء بالنسبة للقرويين . والمرافق أيضاً تتبع حالة الزوج فمن كان غنياً كان عليه أن يؤمن مرافق مستقلة لمسكنه ومن كان فقيراً لا مانع من أن يكون بيت خلائه ومطبخه مشتركاً مع الغير وكذلك لمن كان يسكن في البراري والأحواش بحيث جرت العادة أن يكون لكل واحد بيت يخصه إلا أن المرافق تكون مشتركة كالخلاء والتنور وبئر الماء[1] وإن بعد المرحاض عن المسكن لايجعله في عداد المعدوم إذا كانت حالة الزوج لاتسمح له بتقريبه .

٥ - عدم إسكان الأقاوب مع الإيذاء

٤٥٣ - نصت المادة ٦٩ من قانون الأحوال الشخصية السوري على ما يلي :

م ٦٩ : ليس للزوج اسكان أحد من أقاربه مع زوجته سوى ولده الصغير غير المميز إذا ثبت ايذاؤهم لها .

ويتبين من ذلك أن عدم اسكان الأقارب في المسكن الشرعي شرطه وجود الايذاء واثبات ذلك على الزوجة ، فإن لم تستطع اثبات الايذاء فإن القاضي يحكم بشرعية المسكن مع وجود الأهل . أما وجود ولد الزوج الصغير غير المميز فانه لايقدح في شرعية المسكن وان أثبتت ايذاءه لها .

وقد استقر الاجتهاد على أن للزوج اسكان زوجته من أهله إذا لم يثبت ايذاؤهم لها بشرط أن يكون لها بيت مستقل (غرفة) .[2] ولا يشترط

---

(١) القاعدة ١٨٢ من مجموعة القواعد الشرعية السورية .
(٢) القاعدة ١٩٧ من مجموعة القواعد الشرعية السورية .

في الايذاء حتى يمنع شرعية المسكن أن يشكل جرماً معاقباً عليه في القانون بل يكفي أن يكون منغصاً لحياة الزوجة ونافياً للهناءة والسلام من دار الزوجية [1] . وإن كل ما يعد في العرف أذى لها من سب وشتم لها أو لأهلها يمنع صلاح المسكن [2] .

وإذا ثبت الايذاء توجب على الزوج نقل زوجته من المسكن ، وإن إقامة حاجز بين الزوجين وأهل الزوج لا يدفع الايذاء طالما أن المنافع تبقى مشتركة [3] وان الحاجز حتى يمنع الايذاء يجب أن يكون جداراً يمنع سماع الشتائم كما يجب أن يكون فاصلاً للمنافع بالإضافة إلى فصله لمسكن الزوجة . ومع ذلك فإذا كان أهل الزوج يسكنون في مسكن مستقل إلاّ أنهم يدخلون إلى مسكن الزوجة ويتعرضون لها بالايذاء فإن ذلك لايقدح في شرعية المسكن [4] ويبقى ايذاؤهم مشكلاً لجرم جزائي يمكن أن تداعي به أمام المحاكم الجزائية ، وعند النصارى ليس للزوجة أن تسكن معها في بيت الزوج أحداً من أهلها من غير رضاه سوى ولدها الصغير ، إلا إذا رأت المحكمة خلاف ذلك لأسباب صوابية . ولا تجبر على إسكان أحد معها من أهل زوجها سوى أولاده من غيرها ، وإذا أسكنها في مسكن على حدتها من دار فيها احد اقاربه فليس لها طلب مسكن غيره إلا إذا كانوا يؤذونها فعلاً وقولاً . (تنظر المواد ١٥٨ ١٥٩ من قانون احوال الكاثوليك .

---

(١) القاعدة ٢٠١ من مجموعة القواعد الشرعية السورية .
(٢) القاعدة ٢٠٢ ــ من مجموعة القواعد الشرعية السورية .
(٣) القاعدة ٢٠٣ من مجموعة القواعد الشرعية السورية .
(٤) القاعدة ٢٠٧ من مجموعة القواعد الشرعية السورية .

٦ - الجيران الصالحون :

٤٥٤ - استقر الاجتهاد على أن المسكن حتى يكون شرعياً يجب أن يقع بين جيران صالحين قادرين على إعانة الزوجة على مصالحها الدينية والدنيوية وعلى منع الزوج من ظلمها إذا قصد ذلك [١] . ولذلك فاذا كان المسكن بعيداً عن الجوار مسافة ٥٠ متراً فانه يكون غير شرعي لأن تلك المسافة تحول دون اسعاف الزوجة واطلاع الجوار على أحوالها [٢] وإذا ثبت إيذاء الأهل فان وجود المسكن بينهم ينفي عنه الشرعية لوجوده بين جيران غير صالحين ومثل ذلك يقال بالنسبة للضرة .

٧ - المساواة مع مسكن الضرة :

٤٥٥ - نصت المادة ٦٧ من قانون الأحوال الشخصية على ما يلي :

م ٦٧ - ليس للزوج أن يسكن مع زوجته ضرة لها في دار واحدة بغير رضاها .

ونصت المادة ٦٨ من نفس القانون على ما يلي :

م ٦٨ - عند تعدد الزوجات يجب على الزوج التسوية بينهن في المساكن . ووفقاً لذلك ففي حال وجود ضرة أو أكثر من ضرة لايجوز اسكان ضرتين في بيت واحد وإذا اسكنها في بيوت مستقلة توجب على القاضي الكشف على مساكنهن للتأكد من المساواة بينها ، ولا يعتبر المسكن شرعياً إلا إذا كان مساوياً لمسكن الضرة أو الضرائر ، وإذا علم القاضي بوجود ضرة للزوجة فعليه أن يتحقق بنفسه من تساوي الضرتين في

(١) القاعدة ١٩١ من مجموعة القواعد الشرعية السورية .
(٢) القاعدة ١٨٨ من مجموعة القواعد الشرعية السورية .

المساكن [1] وان غياب الضرة عن المسكن لعلة مؤقتة لا يسبغ على المسكن صفة الشرعية .

تقدير صلاح المسكن :

٤٥٦ — إن تقدير صلاح المسكن هو من الأمور الموضوعية المناطة بقاضي الموضوع ، ويتوجب على القاضي قبل البت بشرعية المسكن أن يقوم بالكشف عليه وأن يثبت في ضبط الكشف ما تحقق لديه من ملكية الزوج له أو استئجاره إياه وتعيين موقعه ومالكه واثبات ذلك بالوثائق المبرزة ، ثم النص على كونه بين جيران صالحين تأمن فيه الزوجة على نفسها وما لها أولا ، ثم التحقق من أنه مناسب للمستوى الاجتماعي والمالي للزوج وأنه مسكن الأمثال ، وأنه ليس فيه زوجة ثانية ، ولا أحد من أهله الذين يثبت ايذاؤهم لها ، ومرد ذلك كله للعرف المحلي ، وللقاضي أن يستوثق من ذلك بجميع طرق الاثبات ، فإذا لم يستوف القاضي في تقرير الكشف هذه الشرائط اللازمة كان حكمه سابقاً لأوانه [2] وعلى القاضي أن يعلن عن رأيه في شرعية المسكن أو عدمه قبل الفصل في موضوع الدعوى حتى يتدارك الطرفان ما يجب عليهما من اعداد مسكن آخر أو تقديم دفاع عن وجهة نظرهما فيه [3] ويمكن للقاضي التوثق من شرعية المسكن بغير الكشف الحسي كالشهادة مثلاً في حال عجز الزوج عن دفع نفقات الكشف [4] .

---

(١) القاعدة ١٩٤ من القواعد القانونية الشرعية السورية .
(٢) القاعدة ١٧٣ من القواعد القانونية الشرعية السورية .
(٣) القاعدة ١٥٣ من القواعد القانونية الشرعية السورية .
(٤) القاعدة ١٥٧ من القواعد القانونية الشرعية السورية .

تسليم المسكن :

٤٥٧ — يتم تسليم المسكن إلى الزوجة بعد الحكم بصلاحه عن طريق دائرة التنفيذ ويتوجب على مأمور التنفيذ قبل التسليم التأكد من موافقة المسكن للصفات المذكورة في ضبط الكشف . حتى إذا وجد اختلافاً ذكره في الضبط ولا تعتبر الزوجة مستلمة للمسكن إلاّ إذا ذكر في ضبط التنفيذ أنه وجد موافقاً لضبط الكشف الذي قام به القاضي .

الاعتراض على المسكن :

٤٥٨ — إذا طرأ سبب جديد على المسكن يفسد شرعيته بعد الكشف أو بعد استلام الزوجة له . فإن كانت الدعوى قائمة فإنه يحق لها أن تطلب من القاضي القيام بكشف جديد على نفقتها ، وإن كانت الدعوى منتهية فإن لها الاعتراض على المسكن المحكوم بشرعيته بدعوى جديدة .

المسكن عند النصارى واليهود :

٤٥٩ — لم يفصل النصارى واليهود في أمر المسكن تفصيل المسلمين وإنما اشاروا اشارات عابرة إلى حق الزوجة في المسكن الشرعي فجاء في المادة ٧٣ من قانون الحق العائلي للروم الأرثوذكس أن للزوجة أن تسكن مع الزوج في المسكن الشرعي الواحد بعينه وتتبعه إلى حيثما أقام . ونص اليهود في المادة ١٢٢ من أحكامهم على أن للزوجة الحق أيضاً في طلب مسكن شرعي بما يلزمه من الأثاث بقدر حالة الرجل .

السفر بالزوجة

٤٦٠ — للرجل أن ينقل زوجته من المسكن الشرعي إلى مسكن شرعي آخر حيثما أراد وله أن يجبرها على السفر معه إلا إذا اشترط في

العقد غير ذلك ، أو كان قاصداً في السفر ايذاءها ، فيكون عندئذ متعسفاً في استعمال حقه ، أو أن يكون مؤذياً لها في صحتها أو مالها كرامتها .

وإلى ذلك أشارت المادة ٧٠ من قانون الأحوال الشخصية حيث جاء فيها ما يلي :

م ٧٠ - تجبر الزوجة على السفر مع زوجها إلا إذا اشترط في العقد غير ذلك ، أو وجد القاضي مانعاً من السفر .

وقد استقر الاجتهاد على أن أمر تقدير المانع من السفر متروك للقاضي حسب سلطته [1] ولا رقابة عليـه في ذلك لمحكمة النقض متى كان تقديره حسناً وملائماً .

وعند النصارى تلزم الزوجة أن تتبـع زوجها إلى حيثما يرى من المناسب أن يسكن (م ٤٧ من أحوال الأرمن الأرثوذكس) . ولو كان المحل نائياً إلا عند الاضطرار واقتناع المحكمة الروحية بأعذارها (م ٣٣ من أحكام السريان الأرثوذكس) . وأن امتناع الزوجة عن السفر رغم الزامها قضائياً بذلك يسقط نفقتها .

٤٦١ - وعند اليهود لا يحق للرجل اكراه زوجته على السفر معه إذا إتحدت جهة الإقامة وإنما يجوز فقط الانتقال في ذات الجهة من مدينة إلى مدينة أو من قرية إلى قرية بحيث يكون الموطن المراد الانتقال إليـه لا يقل جودة عن الأول ولا أقل يهوداً (م ١٩٣ من أحكام الموسويين) .

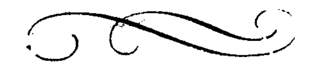
---

(١) القاعدة ٢١١ من مجموعة القواعد القانونية الشرعية السورية .

منع الزوج من السفر عند اليهود

٤٦٢ – للزوجة عند اليهود أن تمنع زوجها من السفر ، وقد أوجب عليه القانون أن يستأذنها إذا أراد السفر ولها منعه إذا كان السفر إلى جهة بعيدة . فإن لم يمتنع كان للسلطة الشرعية منعه عن السفر حتى يطلق زوجته إذا كانت الجهة المراد الانتقال اليها غير موافقة مهما كان اضطراره .

(تنظر المادتان ١٢٩ - ١٩٤ من أحكام الموسويين) .



النفقة الزوجية

٤٦٣ ــ النفقة الزوجية هي المال الذي يجب على الزوج أداءه لزوجته لأجل معيشتها . وهي نوعان : نفقة أثناء قيام الزواج ونفقة للعدة بعد الطلاق .

والأصل فيها قوله تعالى : « وَعلى المولودِ لهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسوتُهُنَّ بالمعْرُوفِ » (بقرة : ٢٣٣) .

والمولود له هو الرجل . وقوله: « لِيُنفِقْ ذو سَعةٍ من سَعتِهِ » (طلاق٧)

وقد أجمع الفقهاء المسلمون والنصارى واليهود على وجوب النفقة الزوجية على الرجل لزوجته من عقد صحيح .

وعند المسلمين تشمل النفقة المسكن والطعام والكسوة والتطبيب بالقدر المعروف وخدمة الزوجة التي يكون لأمثالها خادم وعلى ذلك نص القانون في المادة ٧١ منه . واستقر الاجتهاد على أن نفقات الولادة معتبرة من جملة التطبيب الواجب على الزوج .[١]

أما عند النصارى فقد ورد في قانون الروم الأرثوذكس أن النفقة تشمل السكن والملبس وصون الكرامة والحياة والتربية والتعليم (م ١٧٦) .

وعند اليهود تشمل النفقة المؤونة والكسوة والتمريض (م ١٠٦) .

---

(١) القاعدة ٢٢٨ من مجموعة القواعد القانونية الشرعية السورية .

وإني أرى أن تشمل النفقة كل ما يحتاج إليـه الإنسان ليعيش عيشاً لائقاً كريماً كأمثاله .

تاريخ وجوب النفقة :

٤٦٤ ـ تجب النفقة عند الأحناف على الزوج لزوجته اعتباراً من تاريخ العقد الصحيح وقبل الدخول ولو كان الزوج فقيراً أو مريضاً أو عنيناً أو صغيراً لا يقدر على مباشرة الزوجة سواء كانت الزوجة غنية أم فقيرة ، مسلمة أو غير مسلمة ، كبيرة أو صغيرة ، تطيق الوقاع وتشتهي له (انظر المادة ١٦٠ من أحكام قدري باشا)[١] .

وتجب النفقة للزوجـة ولو كانت مقيمة في بيت أبيها ما لم يطالبها الزوج بالنقلة فتمتنع بغير حق (م ١٦١ قدري باشا) . وهذا هو فحوى الفقرة ١ من المادة ٧٢ من القانون التي جاء فيها ما يلي :

م ٧٢ ـ ١ ـ تجب النفقة للزوجة على الزوج ولو مع اختلاف الدين من حين العقد الصحيح ولو كانت مقيمة في بيت أهلها إلا إذا طالبها الزوج بالنقلة وامتنعت بغير حق . وجاء في الفقره الثانية من المادة المذكورة أنه يكون امتناعها بحق إذا لم يدفع لهـا الزوج معجل المهر أو لم يهيء لهـا المسكن الشرعي .

---

(١) أما اذا كانت الزوجة مريضة ولم تزف الى زوجها ولم يمكنها الانتقال أصلاً فلا نفقة لها (م ١٦٧ قدري باشا) والزوجة التي تسافر الى الحج ولو لأداء فريضة بدون أن يكون معها زوجها لا نفقة لها عليه مدة غيابها وان سافرت مع محرم لها . فان سافر زوجها وأخذها معه فلها عليه نفقة الحضر ونفقة السفر ولوازمه ، وان سافرت هي وأخذت زوجها معها فلها عليه نفقة الحضر لا نفقه السفر . (م ١٦٨ قدري باشا) .

ولم يحدد القانون طريقاً معيناً للمطالبة بالنقلة ، وبما أن المطلق يجري على اطلاقه ، فإن للزوج أن يطالبها بالنقلة اما بدعوى متابعة أمام المحكمة الشرعية أو بانذار لدى الكاتب بالعدل أو علناً أمام شهود .

وذهب الإمام مالك إلى أن النفقة لا تجب على الزوج إلا إذا دخل بزوجته أو دعي إلى الدخول بها فامتنع وهي ممن توطأ وهو بالغ .[1] وهو قول جدير بالاعتبار وإن كان لم يأخذ به القانون .

وعند النصارى تجب أيضاً النفقة على الزوج لزوجته من حين عقد الزواج الصحيح ، غنية كانت أو فقيرة ، مقيمة معه أو منفصلة عنه لأي سبب لا ذنب لها فيه (م ١٥٢ من أحوال الكاثوليك) .

وعند اليهود مثل ذلك .

استحقاق الزوجة النفقة :

٤٦٥ ـ نصت الفقرة الثانية من المادة ٧١ من القانون على ما يلي :

م ٧١ ـ ف ٢ ـ يلزم الزوج بدفع النفقة إلى زوجته إذا امتنع عن الانفاق عليها أو ثبت تقصيره .

واستقر الاجتهاد على أن مجرد عدم الانفاق غير كاف لفرض النفقة إلا إذا تثبت القاضي أن خروج المرأة من المسكن الشرعي كان بسبب مشروع[2] ، كأن يكون الزوج لم يؤد لها كامل معجل مهرها ، أو أن المسكن زالت شرعيته ، أو أنه طردها ، أو أذن لها ، إلى غير ذلك .

---

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٥٤
(٢) القاعدة ٢٣٧ من مجموعة القواعد القانونية للشرعية السورية .

واعتبر الاجتهاد أن الزوج الذي يترك زوجته دون نفقة ويغادر البلاد متخلفاً عن الانفاق يلزم بالنفقة .[1]

وفي نكاح الشغار تفرض النفقة للزوجة حتى يدفع لها الزوج مهر المثل[2] .

وعند النصارى يلزم الزوج بالنفقة لزوجته متى ثبت مطله وتقصيره (م ١٥٤ كاثوليك) .

أما عند اليهود فإذا قام شقاق بين الزوجين واضطرت الزوجة إلى ترك بيت الزوج لسبب منه فإن لها أن تستدين لتنفق على نفسها ، وان هذا الدين يلزم الرجل بوفاته وإذا جن الزوج أو أصيب بالعته فإن للزوجة أن تأخذ حكماً شرعياً بالنفقة تنفذه على أمواله (المادتان ١١٩ - ١٢٠ من أحكام الموسويين) .

مقدار النفقة :

٤٦٦ - ذهب الأحناف والمالكية إلى أن النفقة غير مقدرة شرعاً وهي تتبع حال الزوج والزوجة واختلاف الأزمنة والأمكنة والأحوال ، وذهب الشافعية إلى تقديرها فعلى الموسر مدّان وعلى الأوسط مدٌّ ونصف وعلى المعسر مدّ واحد .[3] وأن النفقة تقدر بحسب حال الزوج فقط . وقد أخذ القانون برأي الأحناف من ناحية عدم تقدير النفقة قانوناً وبرأي الشافعية من ناحية تقديرها حسب حال الزوج فقط . فجاء في المادة ٧٦ من القانون ما يلي :

م ٧٦ - تقدر النفقة للزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسراً

---

(١) القاعدة ٢٣٨ من مجموعة القواعد القانونية الشرعية السورية .
(٢) القاعدة ٢٥١ من مجموعة القواعد القانونية الشرعية السورية .
(٣) بداية المجتهد ج ٢ ص ٥٤

وعسراً مهما كانت حالة الزوجة على أن لاتقل عن الحد الأدنى لكفاية المرأة.

وهذا يعني أن المعسر يكلف بنفقة الكفاية ولا تسقط النفقة ولو كان لايجد ما يأكله.

وعند النصارى تقدر النفقة حسب حال الزوج (م ١٧٩ من قانون الروم الأرثوذكس) و (م ١٤٣ من قانون الكاثوليك) إلا إذا لم يكن يستطيع الانفاق فتصبح نفقته على زوجته حتى تتغير حالته إذا كانت موسرة فإن كانت معسرة تبقى نفقتها ديناً عليه إلى الميسرة. المادتان ١٥٥ - ١٥٦ من قانون الكاثوليك).

أما عند اليهود فيراعى في مقدار النفقة حالة الزوجين، والزمان، والمكان، فاذا كان الرجل فقيراً فعليه الضروري (أي نفقة الكفاية) وأيام السبت والأعياد تمتاز. (م ١٠٨ من أحكامهم).

زيادة النفقة وانقاصها :

٤٦٧ — بما أن النفقة تتبع حالة الزوج عسراً ويسراً ولذلك كان بالامكان للزوجة طلب زيادتها وللزوج طلب انقاصها حسب تغير الأحوال وهذا معتبر أيضاً عند النصارى واليهود، وقد جاء في المادة ٧٧ من القانون ما يلي :

م ٧٧ - ١ - تجوز زيادة النفقة ونقصها بتبدل حال الزوج وأسعار البلد.

كما نص القانون في الفقرة الثانية من المادة ٧٧ آنفة الذكر أنه لاتقبل دعوى الزيادة أو النقص في النفقة المفروضة قبل مضي ستة أشهر على فرضها إلا في الطوارىء الاستثنائية.

والطوارىء الاستثنائية هي كالمرض مثلاً أو غلاء فاحش مفاجىء في

الأسعار ، ويعود تقدير الطوارىء الاستثنائية إلى القاضي .

وقد استقر الاجتهاد على أن النفقة المفروضة يجب ألا تزيد عن نفقة الأمثال ، وإن ازدياد يسار الزوج لايعطي الحق للقاضي أن يزيد النفقة معه زيادة مضطردة [1]

نوع النفقة :

٤٦٨ ـ الأصل في النفقة أن تكون عينية فيقدم الرجل لزوجته طعامها يوماً فيوماً معجلاً عند مساء اليوم السابق ، ويهيء لها المسكن الشرعي ويأتيها بكسوتين واحدة للصيف وأخرى للشتاء ، ويؤمن لها الدواء عند الحاجة ، أو يعطيها نقداً مقابل ذلك . فإذا امتنع عن ذلك قدرت عليه النفقة نقداً والزم بها ، ولا شيء يمنع القاضي من فرضها عيناً وخاصة إذا كان الزوج يتقاضى أجره عيناً ، كأن يكون طاهياً مثلاً ويتقاضى أجره أطعمة ، لأن الأصل الذي عليه الأحناف أن تفرض النفقة أصنافاً أو تقوم الأصناف بدراهم على حسب اختلاف أسعار المأكولات في البلدة غلاءً ورخصاً رعاية للجانبين ، فإذا غلا السعر تزاد النفقة المقدرة للمرأة ، وإذا رخص تنقص عن الزوج ولو بعد القضاء بها .

حق تقدير النفقة :

٤٦٩ ـ جاء في المادة ٨١ من القانون أن القاضي يقدر النفقة ، ويجب أن يكون تقديره مستنداً إلى أسباب ثابتة وله الاستئناس برأي الخبراء . وأوجب الاجتهاد على القاضي عند تقديره للنفقة أن يبحث في حال الزوج

(١) قرار محكمة النقض بدمشق رقم ١٤٧ تاريخ ١٩٦٣/٣/٢٨ ـ القاعدة ٣٣٨ من مجموعة القواعد الشرعية السورية .

وموارده ويكلف الزوجة المدعية باثبات يساره بالطرق المقرورة قانوناً فإن عجزت عن بيان موارده أو إثبات يساره قدر لها القاضي نفقة الكفاية ، وإن نفقة الكفاية أيضاً تختلف باختلاف أوضاع الناس ودرجاتهم فنفقة كفاية المرأة من طبقة متوسطة هي غير نفقة كفاية المرأة من طبقة فقيرة [1]

ومع أن المشرع قد ترك أمر التقدير للقاضي وسمح له بالاستئناس بالخبرة عند اللزوم إلا أن ذلك لايعني أن يقدر القاضي النفقة كيفما شاء وإنما قيده المشرع بوجوب الاستناد في هذا التقدير إلى أسباب ثابتة .

وقد استقر الاجتهاد أنه ولو ثبت يسار الزوج فان النفقة يجب ألا تتعدى القدر المعروف أي نفقة الأمثال [2] ولذلك كان على القاضي أن يعلل قراره لناحية تقديره للنفقة المفروضة وإلا كان قراره مستوجباً النقض. ويقدر القاضي النفقة يوماً فيوماً إذا كان الزوج محترفاً ويكسب قوته يومياً ، وإن كان موظفاً قدرها عليه شهراً فشهراً ، وإن كان مزارعاً قدرها عليه سنة فسنة . (م ١٧٥ قدري باشا) .

عدم استحقاق الزوجة للنفقة :

٤٧٠ ــ لاتستحق الزوجة نفقة زوجية في الحالات التالية :

١ ـ الزواج الفاسد والوطء بشبهة

٢ ـ الناشز

٣ ـ المحترفة

٤ ـ إذا سافرت دون إذن من الزوج .

---

(١) القاعدة ٣٤٢ من القواعد القانونية الشرعية السورية .
(٢) القاعدة ٣٤٣ من القواعد القانونية الشرعية السورية .

٥ ـ المحبوسة بدين لغير الزوج

٦ ـ الصغيرة التي لاتشتهي الوقاع ولا تصلح للرجال

٧ ـ المريضة قبل الدخول مرضاً يحول بينها وبين الانتقال إلى الزوج.

٨ ـ المحكوم عليها بالهجر عند النصارى بذنب منها .

٩ ـ الوفـاة

١٠ ـ الطـلاق .

١ ـ الزواج الفاسد والوطء بشبهة :

٤٧١ ـ ذهب الأحناف إلى أن المنكوحة نكاحاً فاسداً والموطوءة بشبهة لانفقة لها ، إلا المنكوحة بلا شهود ، فإذا فرض الحاكم لاحداهما نفقة قبل ظهور فساد النكاح وفرق بينهما فللزوج الرجوع عليها بما أخذته منه بأمر الحاكم لا بما أخذته بلا امره (م ١٧٢ قدري باشا) .

وعند النصارى واليهود لاتجب النفقة إلا بعد العقد الصحيح .

٢ ـ الناشز :

٤٧٢ ـ ذهب الأحناف إلى أن المرأة الناشز لانفقة لها ، والناشز هي التي خالفت زوجها وخرجت من بيته بلا اذنه بغير وجه شرعي ، ويسقط حق الناشز في النفقة مدة نشوزها ، وإن كانت لها نفقة مفروضة متجمدة تسقط أيضاً بنشوزها ، وكذا المستدانة بغير أمر الحاكم وأمر الزوج ، وتكون الزوجة ناشزة أيضاً إذا كان البيت المقيمان به ملكاً لها ومنعته من الدخول عليها ما لم تكن سألته النقلة منه فلم ينقلها ، فإن عادت الناشزة إلى بيت زوجها ولو بعد سفره أو دعته يدخل عليها إذا

كان المنزل لها عاد حقها في النفقة ، ولا يعود ما سقط منها بنشوزها ، وإن منعته من الاستمتاع بها وهي في بيته فلا تكون ناشزة نشوزاً موجباً لسقوط النفقة (م ١٧١ قدري باشا) . وإذا منعته الدخول إلى مسكنه الشرعي ولو لم يكن هذا المسكن ملكاً لها كأن يكون ملكاً للزوج أو مستأجراً من قبله فهي ناشزة أيضاً .

وقد نصت المادة ٧٤ من القانون على ما يلي :

م ٧٤ — إذا نشزت المرأة فلا نفقة لها مدة النشوز .

وعرفت المادة ٧٥ الناشز فجاء فيها ما يلي :

م ٧٥ ـ الناشز هي التي تترك دار الزوجية بلا مسوغ شرعي أو تمنع زوجها من الدخول الى بيتها قبل طلبها النقلة إلى بيت آخر .

ويشترط لاثبات نشوز المرأة ثلاثة أمور :

١ ـ أن يكون مسكن الزوج شرعياً .

٢ ـ أن يكون الزوج قد أدى زوجته كامل معجل مهرها .

٣ ـ أن تغادر الزوجة المسكن الشرعي دون مبرر ، أي دون أن يطردها الزوج أو أن يسبب في تنغيص عيشها حتى يجبرها على الترك . فإن توافر الشرطان الأولان واستطاعت الزوجة إثبات الطرد فلها النفقة ولا تعتبر ناشزاً ، ولها إثبات واقعة الطرد بجميع وسائل الاثبات . وقد استقر الاجتهاد على أن اغلاق المسكن الشرعي في وجه الزوجة يقوم مقام الطرد [1] وتستحق بذلك الزوجة نفقة .

---

(١) القاعدة ٣١٨ من مجموعة القوا عد القانونية الشرعية السورية .

وقد استقر الاجتهاد على أن الزوجة تعتبر ناشزاً إذا امتنعت عن متابعة زوجها بلا حق بعد قبض معجل مهرها وثبوت صلاح المسكن . والعودة عن النشوز يكون بمراجعة دائرة التنفيذ أو المحكمة [1] وان دعوى النفقة تعتبر انهاء للنشوز حين يتعذر على الزوجة العودة إلى المسكن الذي خرجت منه من تلقاء نفسها كأن يمنعها الزوج من العودة مثلاً [2] ولا نفقة لمن خرجت من المسكن الشرعي بإرادتها ولو تبدل مسكنها طالما أنه بقي شرعياً [3]

وعند النصارى أيضاً لا نفقة للزوجة الناشز ، وإن كان لها نفقة مفروضة متجمدة تسقط أيضاً بنشوزها ، وتعتبر المرأة ناشزاً إذا تركت بيت زوجها أو كانت في بيتها ومنعت زوجها من الدخول إليه ، أو أبت السفر معه إلى محل إقامته الجديد بلا سبب شرعي ، ورجوع المرأة عن النشوز يعيد إليها حقها في النفقة اعتباراً من يوم الرجوع ، ولكنه لا يعيد ما سقط من نفقة متجمدة قبل ذلك التاريخ . (المادة ١٦٠ من قانون الأحوال للكاثوليك) .

ولدى اليهود لا تستحق الناشز نفقة ، أما إذا كان خروجها من المسكن لسبب من الزوج فبإمكانها الاستدانة لتنفق على نفسها ويلزم الزوج الدين .

٣ ـ الزوجة المحترفة

٤٧٣ ـ نصت المادة ٧٣ من قانون الأحوال على ما يلي :

م ٧٣ ـ الزوجة التي تعمل خارج البيت نهاراً وعند الزوج ليلاً إذا منعها من الخروج وخرجت فلا نفقة لها .

وهذا النص مطابق للمادة ١٦٩ من أحوال قدري باشا ، ويقصد بالزوجة

---

(١) القاعدة ٣٠١ من مجموعة القواعد القانونية الشرعية السورية .
(٢) القاعدة ٣٢٥ من مجموعة القواعد القانونية الشرعية السورية .
(٣) القاعدة ٢٥٧ من مجموعة القواعد القانونية الشرعية السورية .

التي تعمل خارج البيت الزوجة المحترفة ، أي العاملة أو الموظفة ، وان عمل الزوجة خارج البيت لا يسقط نفقتها ما لم يسبقه منع من الزوج ، وان للزوج منع زوجته من العمل سواء كان احترافها العمل قبل زواجه بها أم كان بعد الزواج . وكما أن الزوج يملك المنع فإنه يلك أيضاً الرجوع عن هذا المنع والاذن للزوجة بالعمل . إلا أن الزوج لا يملك منع زوجته من العمل قبل أن يسدد لهـا كامل معجل مهرها[1] ويكون المنع بانذارها إما بواسطة الكاتب بالعدل أو عن طريق المحكمة أو عياناً أمام شهود ، وعلى الزوج اثبات المنع . فإن أثبت المنع سقطت نفقة الزوجة وأصبحت ملزمة بالانفاق على نفسها ، ولم أجد لدى النصارى أو اليهود ما يشابه هذه الأحكام.

أما عند النصارى فإنه لا يمكن للمرأة أن تهتم بعمل أو تمارس مهنة إلا بموافقة زوجها المباشرة أو غير المباشرة ، وإذا رفض الزوج اعطاء الموافقة وأثبتت الزوجة أن مصلحة الاتحاد والعائلة تقضي أن تهتم بعمل أو تمارس مهنة يمكن لمحكمة البداية أن تعطي الاذن المطلوب . (م ٤٨ من قانون الأحوال للأرمن الأرثوذكس) .

٤ ـ المسافرة دون اذن الزوج :

٤٧٤ ـ جاء في اجتهاد لمحكمة النقض الموقرة بدمشق ما يلي :

« لما كانت النفقة الزوجية إنما تفرض على الزوج لزوجته جزاء احتباسها في مسكنه ولمصلحته وكان لا نفقة للزوجة ان فوتت على زوجها حقه في الاحتباس بغير مبرر شرعي وبسبب ليس من عنده كأن تسافر تاركة زوجها ولو كان سفراً في طاعة كحج أو اغتصاب لها أو اكراه لهـا من قبل الغير المادة ١٦٨ قدري باشـا المعمول بها بدلالة المادة ٣٠٥ أحوال

---

(١) القاعدة ٢٩٧ من مجموعة القواعد القانونية الشرعية السورية .

ولما كان ثابتاً أن الطاعنة عندما سافرت إلى المانيا لم تستحصل على اذن من زوجها وقد كان أعد لها سكناً شرعياً وأوفاها معجل مهرها فلا نفقة لها مدة السفر غير المأذونة به » .[1]

٥ ـ الزوجة المحبوسة بدين لغير الزوج :

٤٧٥ ـ نصت المادة ١٧٠ من أحكام قدري باشا المعمول بها بدلالة المادة ٣٠٥ أحوال على ما يلي :

م ١٧٠ ـ إذا حبست المرأة ولو في دين لا تقدر على إيفائه فلا يلزم زوجها نفقتها مدة حبسها إلا إذا كان هو الذي حبسها في دين له .

الزوجة الصغيرة التي لا تصلح للرجال :

٤٧٦ ـ الصغيرة لها حالات ثلاث :

الأولى : أن تكون صغيرة لا يمكن الانتفاع بها لا في الخدمة ولا في الاستئناس ، وهذه لا نفقة لها بالاجماع في المذهب الحنفي ، لأن النفقة منوطة بالاحتباس مع امكان استيفاء الأحكام ، وهذا غير متصوّر في هذه الصغيرة .

الثانية : أن تكون صغيرة يمكن الدخول بها وهذه حكمها حكم الكبيرة ، لأن أحكام الزواج يمكن استيفاؤها منها .

الثالثة : أن تكون صغيرة لا يمكن الدخول بها ولكن يمكن الانتفاع بها في الخدمة والمؤانسة ، وقد قال أكثر فقهاء الأحناف بأنه لا نفقة لها ، وقال أبو يوسف ، ان نقلها تجب لها النفقة لامكان الانتفاع في الخدمة والاستئناس[2] . أما إذا امتنعت دون حق فلا نفقة لها .

---

(١) القاعدة ٢٨٦ من مجموعة القواعد القانونية الشرعية السورية .
(٢) أحوال أبي زهرة ص ٢٤٧

ولم ينص قانون الأحوال السوري على حكم الصغيرة نظراً لأن زواج الصغيرة التي لا تقوى على النكاح ممنوع في القانون . مما يوجب الرجوع إلى القول الراجح في المذهب الحنفي :

وقد جاء في المادة ١٦٦ من أحكام قدري باشا ما يلي :

م ١٦٦ - إذا كانت الزوجة صغيرة لا تصلح للرجال ولا تشتهي للوقاع ولو فيما دون الفرج فلا نفقة لها على زوجها إلا إذا أمسكها في بيته للاستئناس بها .

أما إذا كانت الزوجة كبيرة ووقعت بمرض يمنع نكاحها فلا يسقط ذلك حقها في النفقة .[1]

٧ - الزوجة المريضة قبل الدخول :

٤٧٧ - لقد استقر الاجتهاد على أن المريضة التي يمكن نقلها إلى دار الزوج ولو بمحفة وتمتنع فلا نفقة لها .[2]

وذهب الأحناف إلى أن المريضة التي لم تزف إلى زوجها ولم يمكنها الانتقال أصلاً لا نفقة لها (م ١٦٧ قدري باشا) .

٨ - الزوجة المحكوم عليها بالهجر عند النصارى :

٤٧٨ - لا نفقة للزوجة المحكوم عليها بالهجر الدائم أو المؤقت بذنب منها مدة دوام الهجر (م ١٦١ من قانون الأحوال للكاثوليك) . لكن كل هجر آخر لا ذنب لها فيه سواء أطلبته هي أم الزوج لا يسقط حقها في النفقة ، والناشز والمهجورة بذنبها يمكن الحكم عليها بنفقة لزوجها تقدر

---

(١) القاعدة ٢٧٢ من مجموعة القواعد الشرعية السورية .
(٢) القاعدة ٢٥٣ من مجموعة القواعد الشرعية السورية .

بنسبة ما يلحق الزوج من أضرار يسبب غيابها عن البيت الزوجي (م ١٦٢ من قانون الأحوال للكاثوليك) .

٩ ـ الوفاة

٤٧٩ ـ من الطبيعي أن تسقط نفقة الزوجة بوفاتها ، وتسقط أيضاً بوفاة زوجها سواء كانت حائلاً أم حاملاً ، عملاً بأحكام المادة ٣٣١ أحوال لقدري باشا المعمول بها بدلالة المادة ٣٠٥ أحوال سوري . وعلى ذلك استقر الاجتهاد [١] وعند النصارى مثل ذلك أما عند اليهود فتبقى في بيت الميت وتأكل من تركته .

١٠ ـ الطلاق

٤٨٠ ـ تسقط نفقة الزوجة بطلاقها من زوجها سواء كان الطلاق رجعياً أم بائناً وتبدأ نفقة أخرى لها على الزوج تسمى نفقة العدة سيأتي ذكرها في آخر الكلام عن النفقة .

هذا وقد استقر الاجتهاد على أن زنى الزوجة لا يؤدي إلى اسقاط نفقتها [٢].

سقوط النفقة

٤٨١ ـ لا تسقط النفقة المفروضة بحكم القاضي أو التراضي بمضي المدة (م ١٩٩ من أحكام قدري باشا) . وقد نصت المادة ٧٩ من القانون على ما يلي :

م ٧٩ ـ النفقة المفروضة قضاء أو رضاء لا تسقط إلا بالأداء أو الابراء .

ولا يصح الابراء إلا إذا كان بعد الحكم بالنفقة (م ٢٠٤ من أحكام قدري باشا) . وعند النصارى مثل ذلك إذ يقع باطلاً كل ابراء من النفقة

---

(١) القاعدة ٣٨٦ من مجموعة القواعد القانونية الشرعية السورية .
(٢) القاعدة ٢٨٠ من مجموعة القواعد القانونية الشرعية السورية .

قبل فرضها ، إلا أنهم أجازوا الابراء من النفقـة طيلة الحياة إذا قررته المحكمة (م ١٦٦ من أحوال الكاثوليك) ويسقط عندهم أيضاً دين النفقة بمرور سنتين على صدور الحكم دون أن يطلب المحكوم له تنفيذه (م ١٥١ من قانون الأحوال للكاثوليك) ومن الجـدير بالذكر أن دين النفقة مهما بلغت قيمته لا يبرر للزوجة الامتناع عن متابعة زوجها إلى مسكنه الشرعي إذا حُكمت بذلك . والا سقطت نفقتها بالنشوز .

تعذر تحصيل النفقة

٤٨٢ ـ يعتبر دين النفقة من الديون الممتازة .

وإذا امتنع الزوج من دفع النفقة يضيق عليه حبساً عملاً بأحكام المادة ٤٦٠ من قانون أصول المحاكمات المدنية ولا تسقط النفقة بمضي مدة الحبس وإنما تبقى قائمة وتنفذ عليه في ماله متى وجد ، ولا يجوز أن تتجاوز مدة الحبس التسعين يوماً مهما كانت قيمة المبلغ إلا أنه يجوز تجديد الحبس من أجل التزامات جديدة بعد انتهاء مدة الحبس الأول (م ٤٦١ أصول مدنية) ويحبس المحكوم بالنفقة بقرار من رئيس التنفيذ . كما يمكن ملاحقة الزوج جزائياً عملاً بأحكام المادة ٤٨٨ من قانون العقوبات . فإذا مضت المدة وتعذر تحصيل النفقة منه فان للزوجة أن تطلب من القاضي أن يلزم بنفقتها من يكلف فيها شرعاً غير الزوج فيما لو فرضت غير ذات زوج ، وللقاضي إما أن يفرض لها ذلك أو أن يأذن لها بالاستدانة ممن ليس مكلفاً بنفقتها على أن يكون له حق الرجوع إما عليها أو على الزوج ، وهو بالخيار في ذلك ، فإن رجع عليها كان من حقها الرجوع على زوجها وذلك عملاً بأحكام المادة ٨٠ من القانون .

٤٨٣ ـ تقام دعوى النفقة الزوجية أمام محاكم الأحوال الشخصية حسب الاختصاص الديني والمذهبي والطائفي ، ولا تسمع الدعوى إلا بعد اثبات الزوجية لأنها فرع من فروعها وأثر من آثارها[١] على أنه إذا لم تكن الزوجة قد حصلت على قرار بتثبيت الزوجية فإن اعتراف الزوج بها كاف لفرض النفقة[٢] . وفي حال انكاره فإنه يتحتم على الزوجة اثبات قيام الزوجية قبل طلبها الحكم بالنفقة ولا مانع من جمع دعوى النفقة ودعوى اثبات الزوجية في دعوى واحدة .

ويحكم للزوجة بالنفقة اعتباراً من تاريخ امتناع الزوج عن الانفاق عليها إلا إذا كان تاريخ الامتناع يمتد إلى أكثر من أربعة أشهر سابقة للإدعاء فعند ذلك لا يحكم للزوجة إلا عن أربعة أشهر تسبق الادعاء إذا طلبت ذلك وإلا فلا يحكم لها إلا من تاريخ الادعاء .

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٧٨ من قانون الأحوال الشخصية على ما يلي :

م ٧٨ ـ ف ٢ ـ لا يحكم بأكثر من نفقة أربعة أشهر سابقة للادعاء .

وقد استقر الاجتهاد على أنه إذا لم تطلب المدعية نفقة أربعة أشهر سابقة لتاريخ الادعاء في استدعاء دعواها ثم فطنت إلى ذلك في آخر الدعوى وقدمت به طلباً عارضاً فإنه لا يسوغ لها الحكم إلا بنفقة أربعة أشهر تسبق تاريخ تقديم الطلب العارض وليس تاريخ تقديم استدعاء الدعوى الأساسية[٣] وإذا شطبت الدعوى فان استدعاء الدعوى قبل الشطب لا يمكن

---

(١) القاعدة ٢٣٩ من مجموعة القواعد الشرعية السورية .
(٢) القاعدة ٢٤١ من مجموعة القواعد الشرعية السورية .
(٣) القاعدة ٣٦٣ من مجموعة القواعد الشرعية السورية .

اعتباره لبدء فرض النفقة ، لأن شطب الدعوى هو ابطال لاستدعائها عملاً بأحكام المادة ١١٩ أصول ، ولا يحق للزوجة المطالبة إلا بنفقة أربعة أشهر سابقة لتاريخ تجديد الدعوى بعد الشطب [١] وان اطالة أمد المحاكمة لا تؤثر في حق الزوجة بالمطالبة بنفقتها عن أربعة أشهر تسبق الادعاء [٢] .

الاسلاف على حساب النفقة

٤٨٤ ـ أجاز القانون للقاضي أثناء النظر في دعوى النفقة وبعد تقديرها أن يأمر الزوج عند اللزوم باسلاف زوجته مبلغاً على حساب النفقة لا يزيد عن نفقة شهر واحد ، ويمكن تجديد الإسلاف أكثر من مرة . وينفذ هذا الأمر فوراً كالأحكام القطعية وذلك عملاً بأحكام المادة ٨٢ من قانون الأحوال الشخصية .

نفقة زوجة الغائب

٤٨٥ ـ إذا كان الزوج غائباً وله مال حاضر في بيته أو مودع عند أحد أو دين عليه أو في مصرف ، فرضت النفقة للزوجة في مال الغائب ويبدأ الحاكم في فرض النفقة بالمال الحاضر الموجود في بيت الزوج ومن ثم في مال الوديعة وبعدها في مال الدين ويحلفها قبل فرض النفقة أن زوجها الغائب لم يترك لها نفقة وأنها لم تكن ناشزة ولا مطلقة مضت عدتها ويأخذ عليها كفيلاً بالمال الذي تقبضه . أما إذا لم يترك الغائب مالاً فإن القاضي يقضي لها بالنفقة ويأمرها بالاستدانة على زوجها ، فإذا حضر الزوج وادعى أنه عجل لها النفقة قبل سفره وأقام البينة على ذلك فهو بالخيار

(١) القاعدة ٣٦٢ من مجموعة القواعد الشرعية السورية .
(٢) القاعدة ٣٦٥ من مجموعة القواعد الشرعية السورية .

إن شاء استرد النفقة من المرأة وإن شاء رجع بها على الكفيل ، وإن أقرت المرأة أنه عجل لها النفقة يرجع بها عليها لا عليه (المواد ١٨٩ - ١٩٠ - ١٩١ من أحكام قدري باشا) . وفي كل موضع جاز للقاضي أن يقضي للمرأة بالنفقة من مال زوجها الغائب جاز لها أن تأخذ ما يكفيها بالمعروف من غير قضاء (م ١٩٦ من أحكام قدري باشا) .

نفقة العدة

٤٨٦ - جاء في المادة ٨٣ من قانون الأحوال الشخصية ما يلي :

م ٨٣ - تجب على الرجل نفقة معتدته من طلاق أو تفريق أو فسخ .

وجاء في المادة ٨٤ من نفس القانون ما يلي :

م ٨٤ - نفقة العدة كنفقة الزوجية ويحكم بها من تاريخ وجوب العدة ولا يقضى بها عن مدة أكثر من تسعة أشهر .

وهذا يعني أن نفقة العدة تبدأ اعتباراً من تاريخ الفرقة وتمتد حتى انتهاء العدة شريطة ألا تتجاوز تسعة أشهر وتنزل من نفقة العدة ما يقابل بقاء الزوجة في بيت الزوجية بعد الطلاق ، ويلاحظ أنه لا نفقة عدة للمتوفى عنها زوجها .

وقد استقر الاجتهاد على أن النفقة الزوجية تنقلب إلى نفقة عدة دونما حاجة إلى حكم مستقل بها[1] أما إذا لم يكن هناك نفقة زوجية سابقة لنفقة العدة فان نفقة العدة يجوز الادعاء بها ما دامت العدة قائمة ولم يمض أربعة أشهر على انقضائها[2] لأن نفقة العدة كالنفقة الزوجية فلا يحكم بها

(١) القاعدة ٣٧٤ من مجموعة القواعد الشرعية السورية .
(٢) القاعدة ٣٧٦ من مجموعة القواعد الشرعية السورية .

لأكثر من أربعة أشهر سابقة لتاريخ الادعاء[1] وتسقط كالنفقة الزوجية بالنشوز[2] إذ ليس للمعتدة أن تخرج من محل عدتها نهاراً من غير عذر وإن خرجت فلا نفقة لها[3].

كفالة النفقة

٤٨٧ — استقر اجتهاد محكمة النقض بدمشق على أن الكفالة بنفقة الزوجة حتى المستقبلة منها جائزة وان اثبات الكفالة أمام المحاكم الشرعية جائز عملاً بالمادة الأولى من المرسوم التشريعي رقم ١٩٤٩/٨٨ ، وان الكفالة بنفقة الزوجة حتى المستقبلة منها ولو لم تكن من الديون الصحيحة فإنها تجوز نظراً للحاجة أخذاً بالاستحسان كما في الدر وغيره من النصوص المعمول بها بدلالة المادة ٣٠٥ أحوال[4]

قضايا النفقة والنظام العام :

٤٨٨ — استقر اجتهاد محكمة النقض بدمشق على أن قضايا النفقة من النظام العام ولا عبرة للاتفاقات المخالفة لقواعدها المقررة شرعاً[5]

---

(١) القاعدة ٣٧٨ من مجموعة القواعد الشرعية السورية .
(٢) القاعدة ٣٨٤ من مجموعة القواعد الشرعية السورية .
(٣) القاعدة ٣٨٧ من مجموعة القواعد الشرعية السورية .
(٤) القاعدة ٢٢٠ من مجموعة القواعد الشرعية السورية .
(٥) القاعدة ٢٧٠ من مجموعة القواعد الشرعية السورية .

المهــر

٤٨٩ ــ المهر هو المال الذي يدفعه الرجل لمخطوبته للزواج بها ، وهو هدية لازمة إكراماً للمرأة وتحبباً لها . وعرفه بعض الفقهاء بأنه اسم لما تستحقه المرأة بعقد النكاح أو الوطء [١] ويسمى الصداق لقوله تعالى : وآتُوا النِّساءَ صَدقاتِهنَّ نِحْلَةً (نساء ٤) أي آتو النساء مهورهن عطاء مفروضاً دون عوض . وقال البعض بأن المهر ابانة لشرف المحل [٢] وجاء في الفصل ١٦ من القانون المغربي أن الصداق هو ما يبذله الزوج من المال المشعر بالرغبة في عقد الزواج لانشاء أسرة وتثبيت أسس المودة والعشرة .

وجاء في اجتهاد محكمة النقض بدمشق أن الصداق هو مايدفع للمرأة قبل العقد مقابل الزواج [٣] وذكر له الفقهاء أسماء أخرى كالأجر والعلائق والحباء وقد جمع بعضهم ثمانية من أسمائه ونظم بها شعراً فقال :

صداق ومهر نحلة وفريضة   حباء وأجر ثم عقر علائق [٤]

والمهر حق من حقوق الزوجة على زوجها ، وهو حكم من أحكام عقد الزواج وأثر من آثاره وليس شرطاً لصحة العقد ، وإنما ينعقد العقد مع عدم المهر ، فيصح العقد ويجب مهر المثل .

---

(١) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٣٣٧
(٢) شرح فتح القدير ج ٢ ص ٤٣٤
(٣) مجلة نقابة المحامين لعام ١٩٦٢ ــ العددان ٤ ــ ٥ ص ١٤٦ رقم ٣١
(٤) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٣٢٩

٤٩٠ — والمهر معروف لدى النصارى واليهود وليس كما يظن البعض أن وجوده مقتصر على المسلمين . فقد جاء في المادة ٤٠ من قانون الأحوال الشخصية للكاثوليك في سورية أن المهر ويسمى أحياناً حق الرقبه والنقد والصداق والقيد هو مايقدمه الرجل للمرأة لقاء الزواج .

وجاء في المادة ٤٢ من قانون الأحوال الشخصية للسريان الأرثوذكس أن المهر هو الصداق نفسه وهو كل مايقدمه الخطيب لخطيبته بين الخطبة والعقد ما عدا الطعام والشراب ويصبح ملك المرأة بعد العقد الكنسي . والمهر عند النصارى ليس شرطاً لصحة الزواج وقلته مستحسنة . وإذا تعهد الزوج بدفع المهر ولم يسم المبلغ فيرجع بذلك إلى العرف . على أنه إذا لم يتعهد قبل الزواج بدفع المهر فلا يلزمه شيء خلافاً لما عليه المسلمون .

٤٩١ — أما عند اليهود فالمهر للزوجة لازم كما هو عند المسلمين ، فقد جاء في المادة ٩٨ من أحكامهم أنه على الزوج أن يلتزم في عقد الزواج بالمهر لزوجته ولو لم يأخذ منها شيئاً . وجاء في المادة ١٠٦ من نفس الأحكام أنه على الزوج للزوجة مهرها ومؤنتها وكسوتها . وهذا يدل دلالة واضحة على وجوب المهر . وقد رأينا أن المهر عند النصارى اختياري وتابع لاتفاق الطرفين .

١ - أنواع المهر :

٤٩٢ — المهر في الاسلام نوعان :

النوع الأول : مهر مسمى : وهو المهر الذي يسميه الطرفان عند العقد سواء كان قليلاً أو كثيراً أو كان أعياناً مادية أو نقداً .

النوع الثاني : مهر المثل : وهو على ما عرفته المادة ٤٠ من قانون حقوق العائلة الأردني مهر أمثال الزوجة وأقرانها من أسرة أبيها ، وإذا لم يوجد لها أمثال من قبل أبيها فمن أمثالها وأقرانها من أهالي بلدتها .

وكانت المادة ٧٧ من أحكام قدري باشا قد عرفته بما يلي :

« مهر المثل للحرة هو مهر امرأة تماثلها من قوم أبيها كأختها أو عمتها أو بنت عمها أو عمتها ولا تمثل بأمها أو خالتها إذا لم تكونا من قوم أبيها ، وتعتبر المماثلة وقت العقد سناً وجمالاً ومالاً وبلداً وعصراً وعقلاً وصلاحاً وعفة وبكارة وثيوبة وعلماً وأدباً وعدم ولد ويعتبر أيضاً حال الزوج ، فإن لم يوجد من يماثلها من قبيلة أبيها في هذه الأوصاف كلها أو بعضها فمن قبيلة أخرى تماثل قبيلة أبيها ، ويشترط في ثبوت مهر المثل اخبار رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول ولفظ الشهادة فان لم يوجد ذلك فالقول قول الزوج بيمينه .

وعلى ما يشبه ذلك استقر الاجتهاد السوري فجاء في قرار لمحكمة النقض السورية بدمشق ما يلي :

« مهر المثل هو مهر امرأة تماثل المدعيـــة من قوم أبيها أو غيرهم ويثبت باخبار رجلين أو رجل وامرأتين وإلا فالقول قول الزوج بيمينه [1]

وجاء في اجتهاد آخر إلى أنه قبل أن يصـار إلى مهر المثل ينبغي سؤال الطرفين عن مقدار المهر المسمى فإن اختلفا استحقت البينة ثم جرى التحليف على نفي المهر المسمى [2] .

---

(١) القرار رقم ٦١٥ المنشور في المحامون لعام ١٩٦٦ ــ العدد ١١ ص ٢٩٣
(٢) القرار رقم ٣٥٣ المنشور في المحامون لعام ١٩٦٨ ــ العددان ٧ ــ ٨ ص ٣٧٢

أما عند النصارى فالمهر يسمى باتفاق الطرفين ويلتزم بمقداره الزوج أما إذا التزم الزوج بالمهر دون أن يعين مقداره في صلب تعهده فيرجع بذلك إلى العرف والعادات المحلية (ف ٢ من المادة ٤٤ لأحوال الكاثوليك) .

وقد حدد اليهود مقدار المهر بنص القانون وهو للبكر ماتتا محبوب أو سبعة وثلاثون درهماً من الفضة النقية ولغير البكر النصف غنية كانت الزوجة أم فقيرة (م ٩٩ من أحكامهم) .

٢ - وجوب المهر :

٣٩٣ - المهر واجب عند المسلمين واليهود واختياري عند النصارى .

وهو كما رأينا عند المسلمين هدية إلزامية يدفعها الزوج لزوجته للتحبب إليها والإقتران بها . ولذلك فهو واجب سواء سمي عند العقد أم لم يسم ، فإذا اتفق الطرفان على أن يكون الزواج بدون مهر صح الزواج وكان للزوجة مهر المثل وهذا هو فحوى المادة ٥٣ من الأحوال الشخصية التي جاء فيها ما يلي :

م ٥٣ - يجب للزوجة المهر بمجرد العقد الصحيح سواء أسمي عند العقد أم لم يسم أم نفي أصلاً .

وقد جاء في اجتهاد لمحكمة النقض السورية أن المهر واجب في عقد النكاح سواء سمي عند عقد النكاح أم لا أو نفي أصلاً ، وهو يتعلق بالنظام العام وعليه لا تملك المرأة وأولياؤها حق إسقاطه [1]

(١) القانون لعام ١٩٥٦ العدد ٨ ص ٥٩٢

وبما أن المهر نوعان لذلك فهو يختلف من ناحية الوجوب باختلاف نوعه ، ففي بعض الحالات يكون الواجب هو المهر المسمي وفي بعضها يكون الواجب هو مهر المثل وفي بعضها يكون الواجب هو أقل المهرين المسمى والمثل . وحالة تجب فيها المتعة ولا يجب فيها مهر .

آ – وجوب المهر المسمى :

٤٩٤ – يجب المهر المسمى كله في الحالات التالية :

١ ـ في العقد الصحيح بعد الدخول باجماع الفقهاء

٢ ـ في حالة موت أحد الزوجين ولو كان قبل الدخول باجماع الفقهاء في حالات الموت الطبيعي وقتل الأجنبي لأحدهما أو قتل الزوج لنفسه أولها . واختلف الفقهاء فيما لو قتلت المرأة نفسها أو قتلت زوجها .

فذهب الأحناف إلى وجوب المهر لأن العبرة عندهم للفرقة .

وقال زفر : إذا قتلت نفسها قبل الدخول سقط كل مهرها خلافاً لرأي الأحناف .

أما إذا قتلت زوجها فجمهور الفقهاء على سقوط مهرها اذا كان القتل قبل الدخول، لأن قتل الزوج كردتها لأنها أنهت الزواج بمعصية، وإنهاء الزواج بمعصية يسقط المهر كله إن كان ذلك قبل الدخول [1]

٣ ـ في العقد الصحيح بعد الخلوة الصحيحة على رأي الحنابلة والأحناف. خلافاً للشافعي ومالك وداوود الذين ذهبوا إلى أنه لايستحق المهر كله إلا بالوطء أو المسيس ولا يجب بالخلوة الصحيحة إلا نصف المهر .

وقد أخذ القانون السوري بالرأي الأول وهو مستفاد من المفهوم المخالف للمادة ٥٨ التي جاء فيها ما يلي :

---

(١) احوال أبي زهرة ص ١٩٨

ـ أما اذا كان القتل بعد الدخول فلا يسقط المهر باجماع الفقهاء وانما يمنع الارث فقط .

« إذا سمي مهر في العقد الصحيح ووقع الطلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة وجب نصف المهر » وتقديرها : أما إذا وقع الطلاق بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة وجب المهر كله .

أما عند النصارى فأنه يتأكد لزوم المهر إذا جرى تعهد به بمجرد عقد الزواج صحيحاً ولا عبرة عندهم للدخول أو الخلوة .

وعند اليهود يترتب على عقد الزواج ما يترتب عليه شرعاً من الحقوق من حين العقد ولو لم يطأ الرجل المرأة وكان لا مانع من الوطء (م ١٠٢ من أحكامهم) .

الخلوة الصحيحة :

٤٩٥ ـ الخلوة الصحيحة التي تقوم مقام الوطء عند الأحناف وتوجب كل المهر هي أن يجتمع الزوجان في مكان آمنين من اطلاع الغير عليهما بغير أذنهما وأن يكون الزوج بحيث يتمكن من الوطء بلا مانع حسي أو طبيعي أو شرعي.

والمانع الحسي كأن يكون أحدهما مريضاً لا يستطيع معه الدخول ، ويلحق بذلك العيوب الجنسية كالرتق والقرن في المرأة باتفاق فقهاء الأحناف ، والجب بالرجل على مذهب الصاحبين خلافاً لأبي حنيفة أما الخصي والعنين فخلوتهما صحيحة باتفاق الإمام وصاحبيه ، لأن الحكم مبني على الآلة وهي فيهما موجودة .

أما المانع الشرعي : كأن تكون المرأة حائضاً أو نفساء أو يكون أحدهما صائماً صيام فرض أو محرماً في حج أو عمرة .

والمانع الطبيعي : كأن يكون معهما شخص آخر ولو كان أعمى أو نائماً أو صبياً مميزاً . فإذا انتفت الموانع كانت الخلوة صحيحة تترتب عليها آثارها وأحكامها وإذا وجد أحد تلك الموانع فسدت الخلوة ولم يترتب عليها أثر .

فإذا اجتمع الزوجان في مكان مغلق لم يطلع عليهما فيه أحد كأن يجتمعا في غرفة بابها مغلق بالمفتاح بصورة إذا حاول أحد أن يطلع عليهما دون أذنهما لم يستطع ذلك ولم يكن هناك مانع من الموانع المذكورة أعلاه صحت الخلوة ولو كانت إقامتهما لم تدم على تلك الحال إلا دقائق معدودات.

أما إذا اجتمعا في مكان مفتوح الأبواب أو على سطح أو في صحراء أو في غرفة بابها مغلق بدون مفتاح بصورة إذا حاول أحد أن يطلع عليهما دون أذنهما لاستطاع ذلك، كانت الخلوة فاسدة ليس لها آثار ، وقد أوصى بعض فقهاء الأحناف فيها أن تعتد المرأة عدة الطلاق في العقد الصحيح احتياطاً ، أما الخلوة ولو كانت صحيحة في العقد الفاسد فلا يترتب عليها شيء . وقد نصت المادة ٨٧ من أحكام قدري باشا على ما يلي :

« الخلوة الصحيحة لا تقوم مقام الوطء في النكاح الفاسد »

وقد روى وكيع عن نافع بن جبير أنه قال :

« كان أصحاب رسول الله ﷺ يقولون ، إذا أرخي الستر وأغلق الباب فقد وجب الصداق » .[1]

حكم الخلوة الصحيحة :

٤٩٦ ـ قال الحنابلة : ان الخلوة كالوطء في تكميل مهر ولزوم عدة

---

(١) فقة السنة ج ٧ ص ٧٨

وثبوت نسب وتحريم أخت وأربع سواها ، ولا تثبت أحكام وطء من احصان وحلهـــا لمطلقها ثلاثاً وكفارة وخروج عن عنه وتحريم ربيبة وحصول رجعة [1] .

ومثل ذلك قول الأحناف ، فذهبوا إلى أن حكم الخلوة الصحيحة كحكم الوطء في تأكد لزوم المهر كله في النكاح الصحيح ولو كان الزوج عنيناً ، وفي ثبوت النسب والنفقة والسكنى وحرمة نكاح أخت الزوجة وأربع سواها في عدتها . وقالوا بأنه لا تكون الخلوة الصحيحة كالوطء في الاحصان [2] وحرمة البنات وحل المرأة للزوج الأول والرجعة [3] والميراث من الزوج [4] إذا مات والمرأة في عدة الخلوة (م ٨٣ قدري باشا) .

أما الشافعية والمالكية فلا اعتبار عندهم للخلوة ومع ذلك فقد قال الإمـام مالك : إذا بنى عليها وطالت هذه الخلوة فان المهر يستقر وإن لم يطأ ، وحدد ابن القاسم من أتباع الامام مالك هذه المدة بعام كامل [5] .

الاتفاق على عدم المس في الخلوة :

٤٩٧ — لو اتفق الزوجان على أنهما لم يمسا بعضهما في الخلوة لا يسقط المهر ولا جزء منه ولا العدة ، ولا عبرة لهذه المصادقة وإنما العبرة لحصول الخلوة بصورة صحيحة .

---

(١) غاية المنتهى ج ٣ ص ٦٩

(٢) الدخول يجعل كلاً من الرجل والمرأة محصنين فتطبق عليهما عقوبة الرجم اذا زنيا أما في الخلوة فلا يعتبران كذلك .

(٣) الطلاق بعد الدخول طلاق رجعي أما بعد الخلوة وقبل الدخول فهو طلاق بائن .

(٤) اذا مات أحد الزوجين في عدة الطلاق بعد الخلوة وقبل الدخول فانه لا يرث مطلقا بخلاف ما اذا كان الطلاق بعد الدخول الحقيقي فانه لا يمنع التوريث اذا كان رجعيا ، أما اذا كان الطلاق بائنا والوفاة في عدة الطلاق البائن فلا توريث الا اذا اعتبر المورث فارا من الميراث .

(٥) فقة السنة ج ٧ حاشية ص ٧٨

الخلاف على وقوع الخلوة :

٤٩٨ ـ إذا اتفق الزوجان على وقوع الخلوة ثبتت وإذا احتلفا فقالت المرأة حدثت خلوة صحيحة ليكون لها كل المهر ، وأنكر الزوج ليكون عليه نصف المهر ، فعلى المرأة يقع عبء الاثبات ولها اثبات ذلك بالبينة الشخصية وإلا فاليمين على الزوج وفقاً لأحكام قانون البينات السوري النافذ في المحاكم الشرعية .

وهذا مخالف لرأي الأحناف الذين قالوا بأنه إذا اختلف الزوجان على وقوع الخلوة فالقول قول المرأة بيمينها ، لأن الأصل ثبوت المهر كله في ذمة الزوج بالعقد وثبوت نصفه هو خلاف الأصل ، فالقول قولها بيمينها لأنها تدعي الأصل[١] .

ما يعتبر في حكم الدخول عند الحنابلة :

٤٩٩ ـ اعتبر الحنابلة أن النظر بشهوة والتقبيل واللمس بشهوة تؤكد المهر كالدخول ولو حصلت في غير خلوة وأمام الأهل والناس[٢] .

وجوب نصف المهر :

٥٠٠ ـ يجب نصف المهر المسمى فقط إذا طلق الرجل زوجته قبل الدخول والخلوة الصحيحة أو حصلت فرقة من قبل الزوج . لقوله تعالى : « وإنْ طَلَّقتُمُوهُنَّ مِنْ قَبلِ أنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقدْ فَرَضْتُمْ لهُنَّ فَرِيضةً فنِصفُ ما فَرَضْتُمْ » (بقرة : ٢٣٧) وعلى ذلك نص القانون في المادة ٥٨ التي جاء فيها ما يلي :

---

(١) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٣٥٣
(٢) أحوال أبي زهرة ص ٣٠٢

م ٥٨ ـ اذا سمي مهر في العقد الصحيح ووقع الطلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة وجب نصف المهر .

وجاء في المادة ٨٥ من أحكام قدري باشا أن الفرقة التي يجب فيها نصف المهر المسمى بوقوعها قبل الوطء حقيقة أو حكماً هي الفرقة التي جاءت من قبل الزوج سواء كانت طلاقاً أم فسخاً كالفرقة بالايلاء أو اللعان والعنة والردة وإبائه الإسلام إذا أسلمت زوجته وفعله ما يوجب حرمة المصاهرة بأصولها وفروعها ، فإن جاءت الفرقة من قبلها كردتها وإبائها الاسلام إذا أسلم زوجها وكانت غير كتابية وفعلها مايوجب حرمة المصاهرة بفرع زوجها أو بأصله فلا يجب لها نصف المهر بل يسقط وإن كانت قبضت شيئاً منه ترد ما قبضت .

وقد حث الله سبحانه وتعالى المسلمين على ترك هـذا الحق فقال : « وأَنْ تَعفُوا أَقربُ للتَقْوَى ولا تَنْسَوُا الفضْلَ بيْنَكُمْ إنَّ اللهَ بِما تعْمَلُونَ بَصِيرٌ » (بقرة ٢٣٧) .

ج - وجوب مهر المثل :

٥٠١ — إذا لم يسم الزوج أو وليه مهراً عند العقد وجب على الزوج مهر المثل ، وكذلك لو سمى تسمية فاسدة كأن سمى حيواناً مجهول النوع أو مكيلاً أو موزوناً كذلك . أو نفى المهر أصلاً [١]

وعند الأحناف يجب مهر المثل أيضاً في الشغار وفي تعليم القرآن للأمهار (م ٧٦ قدري باشا) .

وخالف قانوننا الأحناف فأجاز أن يكون المهر تعليماً للقرآن أو غيره من المنافع ولم يوجب مهر المثل إلا عند عدم التسمية أو فسادها فجاء في الفقرة الأولى من المادة ٦١ من القانون ما يلي :

---

(١) جمهور الفقهاء على عدم صحة النكاح مع نفي المهر ولم يجزه سوى الأحناف .

م ٦١ ف ١ : يجب مهر المثل في العقد الصحيح عند عدم تسمية مهر أو فساد التسمية .

ونصت المادة ٦٣ على أن مهر المثل يجب في العقد الفاسد بعد الدخول إذا لم يكن قد سمى لها مهراً . وجاء في المادة ٦٤ من نفس القانون على أن مهر المثل يجب أيضاً إذا تزوج الرجل في مرض الموت ، فإذا سمي أكثر من مهر المثل جرى على الزيادة حكم الوصية .

وجاء في الاجتهاد أن نكاح الشغار ينعقد صحيحاً ويجب فيه مهر المثل[1]

د ـ وجوب الأقل من المسمى والمثل :

٥٠٢ ـ في العقد الفاسد بعد الدخول إذا لم يسم الزوج مهراً كان للزوجة مهر المثل أما إذا سمى لها مهراً فليس لها إلا الأقل من المهر المسمى ومهر المثل ، فإن كان قد سمي لها ألفاً وكان مهر مثلها خمسمائة ووقع التفريق بعد الدخول فلها خمسمائة فقط ، وإن كان الأمر بالعكس أي لو كان المسمى خمسمائة ومهر مثلها ألفاً فليس لها سوى خمسمائة فقط .

وعلى هذا نص القانون في المادة ٦٣ فجاء فيها ما يلي :

م ٦٣ : إذا وقع الدخول بعد عقد فاسد لم يسم فيه مهر فللمرأة مهر المثل ، وإذا كان سمى فلها الأقل من المسمى ومهر المثل .

وهذا هو مذهب الأحناف والقضية خلافية بين الفقهاء .

هـ ـ المتعة :

٥٠٣ ـ إذا كان النكاح صحيحاً ولم يسم الرجل لزوجته مهراً ومن

---

(١) قرار محكمة النقض بدمشق رقم ٥٩٠ ـ المحامون لعام ١٩٦٤ ـ عدد ٨ ص ٣٢٦ .

ثم طلقها قبل الدخول وجبت لها المتعة لقوله تعالى : لاجُناحَ عليكُم إن طلّقتُم النّساءَ ما لم تمسّوهُنّ أو تفرِضوا لهُنّ فريضةً ، ومتّعُوهُنّ على المُوسِعِ قدرُهُ وعلى المُقتِرِ قدرُهُ متاعاً بالمعرُوفِ حقاً على المُحسِنينَ (بقرة ٢٣٦) .

والمتعة تجب للمطلقة فقط فلا تجب للمتوفى عنها زوجها ولو كانت وفاته قبل الدخول ، فإن تزوجها ولم يسم لها مهراً ثم تراضيا على تسميته فهو لها إن دخل بها أو مات عنها وإن طلقها قبل الدخول فليس لها إلا المتعة . وعلى ذلك نصت المادة ٨٦ لقدري باشا التي جاء فيها ما يلي :

م ٨٦ : مهر المثل وما فرض للمفوضة بعد العقد بالقضاء أو الرضا لايتنصف بالطلاق قبل الوطء والخلوة الصحيحة فمن طلق زوجته قبلها ولم يكن سمى لها مهراً وقت العقد أو سمى تسمية فاسدة من كل الوجوه حتى وجب لها مهر المثل أو فرض لها فرضاً بعد العقد سقط عنه مهر المثل كله وما فرضه بعد العقد ووجبت لها عليه المتعة إن لم تكن الفرقة من قبلها . وخالف أبو يوسف والشافعي فقالا يجب لها نصف المفروض .

أما إذا زاد لها على المهر بعد العقد فعلى رأي أبي حنيفة ومحمد تسقط الزيادة بالطلاق قبل الدخول وتأخذ نصف المهر الأساسي ، وعلى قول أبي يوسف والشافعي تأخذ حكم المهر ولها نصفها مع نصف المهر بالطلاق قبل الدخول ، لأن المفروض بعد المهر كالمفروض قبله ، وإن حطت عنه من مهرها صح الحط [1]

---

(١) شرح فتح القدير ج ٢ ص ٤٤٢

وذهب الإمام مالك إلى أن المتعة مستحبة لا واجبة ، وقال الأحناف : إنها مستحبة بعد الدخول وواجبة قبله (م ٩٠ قدري باشا) . وقال الشافعي : إنها واجبة لكل مطلقة ولو كان مدخولاً بها [1] لقوله تعالى : « وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالمعرُوفِ حَقاً عَلَى المُتقِينَ » (بقرة ٢٤١) .

والمتعة عند الأحناف هي ثلاثة أثواب من كسوة أمثالها ، ودرع وملحفة وخمار على ألاّ تقل عن خمسة دراهم ولا تزيد عن نصف المهر .

وقال أبو يوسف : إن المتعة تقدر حسب حال الزوج لقوله تعالى : « عَلَى المُوسِعِ قَدَرُهُ وعَلَى المُقتِرِ قَدَرُهُ » (بقرة ٢٣٦) وقوله « لاَ يُكَلِّفُ اللهُ نَفْساً إلاّ وُسْعَها » (بقرة ٢٨٦)

وذهب الكرخي إلى أن المعتبر حال المرأة .

والراجح عند الأحناف أنها تعتبر حسب حال الزوجين [2] كما قال تعالى « مَتاعاً بالمعْرُوفِ » (بقرة ٢٣٦)

أما في وقتنا هذا فلا يجوز تقييد المتعة بدرع وملحفة وخمار وانما تعطى المرأة كسوة أمثالها مما تكتسي به المرأة المعاصرة ، وعلى ذلك نصت المادة ٩٠ لقدري باشا التي جاء فيها ما يلي :

م ٩٠ : المعتبر في المتعة عرف كل بلدة لأهلها فيما تكتسي به المرأة عند الخروج واعتبارها على حسب حال الزوجين . وذهب القانون بخصوص المتعة مذهب الأحناف فأوجبها للمطلقة فقط قبل الدخول عند عدم تسمية المهر . فنصت المادة ٦١ من القانون على ما يلي :

---

(١) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٣٥٨
(١) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٣٤٤

م ٦١ ف ١ : يجب مهر المثل في العقد الصحيح عند عدم تسمية مهر أو فساد التسمية .

ف ٢ : إذا وقع الطلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة فعندئذ تجب المتعة .

أما من ناحية اعتبار الحال فقد أخذ القانون برأي أبي يوسف فاعتبرها حسب حال الزوج وعلى ذلك نصت المادة ٦٢ من القانون التي جاء فيها ما يلي :

م ٦٢ : المتعة هي كسوة مثل المرأة عند الخروج من بيتها ، ويعتبر فيها حال الزوج على ألاّ تزيد عن نصف مهر المثل .

سقوط المهر :

٥٠٤ – يسقط المهر في الحالات التالية :

١ – اذا وقع الطلاق أو التفريق قبل الدخول في العقد الفاسد .

ولا إعتبار للخلوة ولو كانت صحيحة . وعلى ذلك نصت المادة ٨٧ من أحكام قدري باشا التي جاء فيها ما يلي :

م ٨٧ : الخلوة الصحيحة لا تقوم مقام الوطء في النكاح الفاسد ، فإن كان النكاح فاسداً ووقع التفريق أو المتاركة بين الزوجين قبل الدخول حقيقة فلا مهر للمرأة ولو خلا بها الزوج خلوة صحيحة ، وان تفرقا بعد الدخول وكان قد سمى لها الزوج مهراً فلها الأقل من المسمى ومهر المثل ، وإن لم يكن سمى لها مهراً ، أوسمى ما لا يصلح مهراً فلها مهر المثل بالغاً قدره ما بلغ .

٢ - إذا تزوج صبي محجور عليه إمرأة بلا إذن وليه ودخل بها فرد الوليّ نكاحها فلا مهر لها عليه ولا متعة (م ٨٨ قدري باشا) .

٣ - إذا بلغت الصبية التي زوجها غير الأب والجد من الأولياء زوجاً كفوءاً لها وبمهر المثل ، واختارت نفسها بالبلوغ قبل الدخول بها حقيقة أو حكماً فلا مهر لها على زوجها ولا متعه (م ٨٩ قدري باشا) .

٤ - إذا فسخ العقد قبل الدخول والخلوة الصحيحة بناءً على طلب الوليّ بسبب عدم الكفاءة .

٥ - إذا جاءت الفرقة بسبب من الزوجة قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة كردتها وابائها الاسلام إذا أسلم زوجها وكانت غير كتابية ، وفعلها ما يوجب حرمة المصاهرة بفرع زوجها أو بأصله ، سقط مهرها ، وإن كانت قبضت منه شيئاً ردته .

ولم ينص القانون إلا على هذه الحالة الأخيرة من سقوط المهر . فجاء في المادة ٥٩ منه ما يلي :

م ٥٩ : إذا وقعت البينونة بسبب من قبل الزوجة قبل الدخول والخلوة الصحيحة سقط المهر كله .

وهذا لا يمنع من الرجوع إلى القول الأرجح في المذهب الحنفي في الحالات الأخرى عملاً بأحكام المادة ٣٠٥ من القانون .

٥٠٥ — وعند النصارى إذا انحلت رابطة الزوجية أو حكم بالهجر المؤبد بين الزوجين بذنب من المرأة أو مرقت الزوجة من الدين سقط حقها في المهر ويحق للزوج استرداد ما لا يزال قائماً منه (م ٤٧ من أحوال الكاثوليك) .

سقوط المهر عند اليهود :

٥٠٦ ـ يسقط مهر الزوجة عند اليهود في الطلاق لاحدى الحالات التالية :

١ ـ إذا وجد الزوج زوجته ثيباً وأثبت أنها تصرفت في بكارتها أو هي أقرت بذلك أو أبت أن تحلف اليمين .

٢ ـ إذا تكرر ثلاث مرات متواليات عقب الزواج ظهور دم الحيض في الزوجة حين اختلاء الرجل بها .

٣ ـ إذا ظهر أن المرأة معيبة بحيث لا تليق للرجال .

٤ ـ إذا ظهر فيها عيب شرعي لم يكن يعلم به الرجل قبل الزواج .

٥ ـ إذا منعت نفسها عن زوجها لكراهتها إياه ، أما إذا كان امتناعها لمخاصمته ومنازعته إياها أنذرها الشرع بضياع حقوقها أربع مرات متواليات في كل اسبوع مرة فإذا بقيت على امتناعها وأبت الطلاق انتظر عليها سنة لا تجب فيها النفقة ، فإذا مضت بلا ثمرة يؤمر بالطلاق وليس لها إلا ما هو في حيازتها مما دخلت به .

٦ ـ إذا كرهت المرأة الرجل وأبت منه الطلاق وامهلت سنة فلم تظهر رغبتها بالصلح أثناءها . وإذا توفي الرجل بعد مضي شهر من السنة فحقوق المرأة ساقطة شرعاً .

٧ ـ إذا خالفت الشرع والأدب .

وتعد الزوجة مخالفة للشرع إذا ارتدت أو أطعمت زوجها بغير علمه شيئاً محرماً شرعاً أو تكتمت الطمث حيث يجب عليها الاخبار به أو هددت زوجها بالأذى .

وتعد الزوجة مخالفة للأدب إذا خرجت عن اللياقة والاحتشام أو تعدت على زوجها أو أبويه بالسب والشتم . وعلى الرجل أن يشهد عليها في ذلك شاهدي عدل . وإلا فلا يسقط مهرها .

٨ ـ إذا ثبت شرعاً زنى المرأة ، وليس لمن ثبت عليها الزنا عند الطلاق غير ما هو موجود مما دخلت به أما ما فقد أو سرق أو تلف أو بيع فلا حق لها فيه .

٩ ـ إذا نهى الرجل امرأته عن أحد وأنذرها بحضرة شاهدين ثم ثبت اختلاؤها به ومكثها معه وقتاً ما حرمت على زوجها ولا حق لها .

١٠ ـ إذا حلف الزوج زوجته ألا تكلم انساناً معيناً وأنذرها بسقوط حقوقها ولم تمتثل .

١١ ـ إذا اختلفت جهة اقامة الزوجين ولم ينص في العقد على جهة منهما اتبعت جهة الزوج وليس للزوجة أن تتوقف وإلا أضاعت مهرها ومؤجل صداقها .

١٢ ـ إذا لم يكن هناك اضطهاد من أهل الرجل وأصرت الزوجة على الاستقلال .

١٣ ـ إذا طرأ على الرجل بعد الزواج عيب أو عاهة ونشزت المرأة .[١]

قتل المرأة زوجها :

٥٠٧ ـ ذهب جمهور الفقهاء ما عدا الأحناف إلى أن قتل المرأة زوجها قبل الدخول يسقط مهرها .

أما بعد الدخول فلايسقط المهر باجماع الفقهاء وإنما القتل يمنع الإرث.

---

(١) الباب الخامس من أحكام الموسويين ـ في المنازعات الزوجية .

ونحن مع الجمهور من ناحية سقوط المهر فيما إذا قتلت زوجها قبل الدخول أما إذا قتلت زوجها بعد الدخول فإننا نرى رأياً مخالفاً لما ذهب إليه الفقهاء ونقول بسقوط المهر، فإن لم يكن سقوط كل المهر فسقوط المؤجل منه، لأن القتل يمنع الإرث فمن باب أولى أن يمنع المهر . ومن القواعد الفقهية المقررة أنه من استعجل الأمر قبل أوانه عوقب بحرمانه ، وقد أباح القانون التفريق للضرر فإذا ثبت الضرر من الزوجة كان للحكمين أن يردا للزوج كل ما دفع من مهر أو جزءاً منه حسب درجة الإساءة ، وأي إساءه أعظم وأفدح ضرراً من قتل المرأة لزوجها ، فكيف يباح لها أن تنعم بمهرها بعد أن أنزلت بزوجها هذا الضرر الرهيب ، وأعتقد بأن هذا الرأي ينسجم كل الانسجام مع مقاصد الشريعة وقواعدها كما ينسجم مع قواعد التفريق للضرر التي قال فيها المالكية وأخذ بها القانون.

الإبراء :

٥٠٨ – يسقط المهر بهبته للزوج أو بإبراء ذمته منه ولا يسقط بإسقاطها له ، لأن المهر من النظام العام فلا يقبل الإسقاط ، لأنه لو قبل الشارع مبدأ الإسقاط لجاز الزواج بدون مهر أو مع نفي المهر ، وهذا لا ينسجم مع ما قرره الشارع من وجوب المهر .

ولكن إذا تأكد حق المرأة في المهر وأصبح ديناً في ذمة الزوج فلها أن تبرىء ذمة زوجها منه أو تهبه إياه كما تتصرف بأي شيء من أملاكها الخاصة . أما اليهود فلم يبيحوا للمرأة أن تهب مهرها للزوج (م ١٤٨ من أحكامهم) .

ما يصلح أن يكون مهراً :

٥٠٩ — اتفق الفقهاء على أن كل ما يصلح التزامه شرعـاً يصلح أن يكون مهراً سواء أكان مالاً أو منفعة .

وعلى ذلك نص القانون في الفقرة الثانية من المادة ٥٤ منه التي جـاء فيهـا ما يلي :

مادة ٥٤ ف ٢ : كل ما صلح التزامه شرعاً صلح أن يكون مهراً.

وبذلك يصح أن يكون مهراً : النقد والعقار والحيوان والمجوهرات والمنافع ، وخالف الأحناف في المنافع فقالوا بأنها لا تصح أن تكون مهراً لأنهم لم يعتبروا المنافع أموالاً ، فمن تزوج امرأة على خدمتها سنة أو على تعليم القرآن فلهـا مهر مثلها على رأي أبي حنيفة وأبي يوسف أما الإمام محمد فقال لها قيمة خدمته سنة وقال الشافعي ومالك والإمام أحمد لهـــا تعليم القرآن والخدمة ، لأن ما يصح أخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهراً فإن طلقها قبل إيفائها الخدمة أو التعليم فلها قيمة ما تبقى .[1]

واتفق الفقهاء على أن ما لا يصلح التزامه شرعاً لا يصلح أن يكون مهراً ، فإن تزوجها على خمر أو خنزير أو مال مغصوب وجب مهر المثل ، لأن هذه الأشياء لا يصح التزامها شرعاً في الاسلام ولو كانت الزوجة كتابية .[2]

وبهذا أخذ القانون .

واتفق الفقهاء على أن النكاح ينعقد على المهر المعين الموصوف جنساً ومقداراً ، واختلفوا في العوض غير الموصوف كأن أصدقها دابة من دوابه مع بيان النوع كفرس من خيله أو قميصاً من قمصانه أو قنطاراً من زيت .

---

(١) شرح فتح القدير ج ٢ ص ٤٥٠

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٣٤٤

فقال مالك وأبو حنيفة وأحمد يجوز ولها الوسط عند مالك وأحمد والقيمة عند أبي حنيفة [1]

وقال الشافعي : لا يجوز

ولا يضر غرر يرجى زواله ، فيصح على بيع اشتراه ولم يقبضه ، ولكن لا يصح تسمية مهر مع الجهالة جهالة كاملة كأن يصدقها حيواناً مجهول النوع أو زيتاً مجهول الوزن والكيل . فإن فعل كان لها مهر المثل لفساد التسمية بالجهالة الفاحشة [2]

أما القانون فلم يتعرض إلى ذلك مما يوجب الرجوع إلى المذهب الحنفي بدلالة المادة ٣٠٥ من القانون وعند النصارى كل ما كان مقوماً بمال كالعقارات والعروض والمجوهرات يصلح مهراً (م ٤١ من أحوال الكاثوليك .

مقدار المهر :

٥١٠ — اتفق الفقهاء قاطبة على أنه لا حد لأكثر المهر وقد حاول عمر بن الخطاب رضي الله عنه مرة أن يحدد مهور النساء فاعترضته امرأة من قريش فقالت له :

أما سمعت الله يقول : « وآتَيْتُم إحداهُنَّ قِنْطَاراً فلا تَأْخُذُوا منه شَيْئاً » (نساء ١٩)

فقال عمر رضي الله عنه : أصابت إمرأة وأخطأ عمر ثم صعد المنبر ورجع عن كلامه .

---

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢١ — غاية المنتهى ج ٣ ص ٦٠

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٣٤٤ — شرح فتح القدير ج ٢ ص ٤٦٢

واختلفوا في أقل المهر : فذهب الأحناف إلى أنه يجب ألا يقل المهر عن عشرة دراهم فإن قل وجبت للمرأة العشـــرة بتمامها . (م ٧٥ قدري باشا) .

وقال مالك : لا يكون المهر أقل من ثلاثة دراهم .

واستحسن الحنابلة أن يكون من أربعمائة درهم ــ وهو صداق بنــاته صلى الله عليه وسلم ــ إلى خمسمائة ــ وهو صداق أزواجه ــ وإن زاد فلا بأس [1]

وقال الشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور وفقهاء المدينة من التابعــين ليس لأقله حد .

وذلك لحديث سهل بن سعد الساعدي المتفق على صحته وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة فقالت : يا رسول الله إني قد وهبت نفسي لك، فقامت قياماً طويلاً ، فقام رجل فقال : يا رسول الله زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هل معك شيء تصدقها إياه ، فقال : ما عندي إلا إزاري ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: إن أعطيتها إياه جلست لا إزار لك فالتمس شيئاً ، فقال : لا أجد شيئاً ، فقال عليه الصلاة والسلام ، التمس ولو خاتماً من حديد ، فالتمس فلم يجد شيئاً ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هل معك شيء من القرآن، قـــال : نعم سورة كذا وسورة كذا لسور سماها ، فقال رسول الله

(١) غاية المنتهى ج ٣ ص ٥٨

صلى الله عليه وسلم : قد انكحتكها بما معك من القرآن[1] وقد أخذ القانون بمذهب الشافعي ورفاقه فنص في المادة ٥٤ على ما يلي :

م ٥٤ ف ١ : لا حد لأقل المهر ولا لأكثره .

أما الأحاديث الواردة في أقل المهر ، فقد قال علماء الحديث بأنه لم يثبت منها شيء .

وقال ابن القيم معلقاً على حادثة أم سُليم عندما خطبها أبو طلحة فقالت له : ما مثلك يرد ... ولكنك كافر وأنا مسلمة ، ولا يحل لي أن أتزوجك ، فإن تسلم فذلك مهري ولا أسألك غيره ... فكان ذلك مهرها .

فقال ابن القيم تعليقاً على ذلك : هذا هو الذي اختارته أم سليم من انتفاعها باسلام أبي طلحة وبذل نفسها له إن أسلم ... وهذا أحب إليها من المال الذي يبذله الزوج ، فإن الصداق شرع في الأصل حقاً للمرأة تنتفع به ، فإذا رضيت بالعلم والدين واسلام الزوج وقراءته القرآن ، كان هذا من أفضل المهور وأنفعها وأجلها فما خلا العقد من مهر . وأين الحكم بتقدير المهر بثلاثة دراهم أو عشرة من النص والقياس إلى الحكم بصحة كون المهر ما ذكرنا نصاً وقياساً[2] .

وعند النصارى لا حد لأقل المهر أو أكثره . أما عند اليهود فإن المهر لديهم محدد شرعاً وقانوناً كما رأينا سابقاً .

كراهية المغالاة في المهور لدى المسلمين :

٥١١ ـ قال الفقهاء من كان يحب الله ورسوله فلا يغلو عن مهر بنات رسول الله ﷺ وأزواجه شيئاً ، فإن الغلو عليها مكروه ، وقد كان مهر

---

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٩
(٢) فقة السنة ج ٧ ص ٦٨

بنات النبي عليه الصلاة والسلام أربعمائة درهم من الفضة ومهر أزواجه خمسمائة .

وكان عليه الصلاة والسلام يقول :

« ان أعظم النكاح بركة أيسره مؤنة » .

وقال أيضاً عليه الصلاة والسلام :

« يمن المرأة خفة مهرها ، ويسر نكاحها ، وحسن خلقها ، وشؤمها غلاء مهرها وعسر نكاحها وسوء خلقها » .

الزيادة والحط في المهر :

٥١٢ – يحق للرجل الزيادة في المهر إلى الحد الذي يشاء ، كما يحق للزوجة الحط من مهرها إلى المبلغ الذي تريد إذا قبل الآخر شريطة أن يكون كل منهما كامل أهلية التصرف ، وتلتحق الزيادة أو الحط بأصل العقد . وعلى هذا نصت المادة ٥٧ من القانون التي جاء فيها ما يلي :

م ٥٧ : للزوج الزيادة في المهر بعد العقد وللمرأة الحط منه إذا كانا كاملي أهلية التصرف ، ويلتحق ذلك بأصل العقد إذا قبل الآخر .

ومن الملاحظ أن هذه المادة قد خالفت القول الراجح في المذهب الحنفي من ناحية الحاق الزيادة بأصل العقد أخذاً من مذهب الامامين الشافعي وأبي يوسف .

إذ من المعروف أن الأمامين أبي حنيفة ومحمد لم يلحقا الزيادة بالمهر إلا بعد الدخول .

وقد جاء في المادة ٨٤ من أحكام قدري باشا أنه لا يتنصف مازيد بعد العقد على المهر المسمى بل يسقط بالطلاق قبل الدخول . أما الشافعي وأبو يوسف فقد الحقا الزيادة بالمهر ولو تم الطلاق قبل الدخول على أساس

أن المفروض بعد العقد كالمفروض قبله [1] أما إذا كانت الزيادة أو الحط من المهر في مرض الموت فإنها يأخذان حكم الوصية .

ويلاحظ أن القانون اشترط قبول الطرف الآخر سواء كان بالحط أو بالزيادة أخذاً من المذهب الحنفي . لأن الزيادة هبة والحط منه إبراء ، والهبة عند الأحناف لاتتم إلا بقبول الطرف الآخر ، لأنه لايدخل في ملك الانسان شيء جبراً عليه . أما الإبراء وإن كان ينعقد بارادة واحدة إلا أنه يرتد برد المدين [2] فإذا قالت الزوجة لزوجها أبرأتك ولم يقل قبلت أو كان غائباً فقالت أبرأت زوجي فيبرأ إلا إذا رده . لأن من الناس من لايتحمل منة الابراء من دين عليه . وقد استقر الاجتهاد السوري على أن حط الزوجة من المهر موقوف على قبول الزوج وان الابراء يرتد برد المدين [3]

وإن زيادة المهر لاتتم إلا بشروط منها قبول الزوجة في مجلس العقد [4]

أما إذا كان الزوج أو الزوجة قاصراً فلا يحق للأول زيادة المهر ولا للثانية الحط منه ، وليس ذلك لأوليائهما أيضاً ، واستثنى الأحناف فيما إذا كان الوليّ هو الأب أو الجد فله أن يزيد في مهر القاصر وليس له أن يحط من مهر القاصرة . وقد أجاز الأحناف للأب أو الجد من الأولياء فقط الزيادة في مهر القاصر لأن لهما عند أبي حنيفة أن يعقدا بأكثر من

---

(1) شرح فتح القدير ج ٢ ص ٤٤٢
(2) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٣٤٧
(3) القانون لعام ١٩٦٣ العدد ٧ ص ٦٢٥ ـ نقابة المحامين لعام ١٩٦٣ العدد ٤ ص ١٨ رقم ٤٨
(4) المحامون لعام ١٩٦٥ ـ العدد ١٢ ص ٥٦١ رقم ٨١٤

مهر المثل ولذلك فإن لهما أن يزيدا فيه بعد التسمية . ولم يجز لهما الحط من مهر القاصرة لأن العرف لم يجز لهما ذلك .

ومما تجدر الاشارة اليه أن القانون السوري قد اعتبر الفتاة بعد عقد زواجها رسمياً كاملة الأهلية بالنسبة لحقوقها الزوجية وليس لوليها المداخلة في شؤونها ولو كانت في الواقع لاتزال قاصرة . وقد استقر الاجتهاد في سورية . على أن الزوجة تعتبر كاملة الأهلية بعد عقد زواجها فيما يعود لحقوقها الزوجية ، ولا يحق لوليها المداخلة في شؤونها (١)

وقد نص الاجتهاد السوري على قبول مخاصمة الزوجة القاصرة وإقرارها ووكالتها في الحقوق الزوجية . دون أن ينسحب ذلك إلى المنازعات العادية التي تبقى خاضعة للقواعد العامة (٢)

وجاء في الاجتهاد السوري أيضاً على أن المرأة المتزوجة بإذن القاضي وإن كانت كاملة الأهلية فيما يتعلق بحقوقها الزوجية إلا أنها ان لم تبلغ سن الرشد لاتلتزم ببدل الخلع . إذا خولعت إلا بموافقة وليّ المال وذلك عملاً بأحكام الفقرة الثانية من المادة ٩٥ من قانون الأحوال (٣) .

وقد لاحظ القضاء السوري أن كثيراً من الأزواج المدينين يعمدون إلى زيادة مهر زوجاتهم تهرباً من دفع دين الدائنين ، وبما أن الزيادة في المهر هي تبرع وأن الزوج المدين لايملك للتصرف في ماله تبرعاً بغير رضاء الدائن ، فقد اتجه القضاء السوري إلى عدم صحة الزيادة في المهر ما دامت تلك الزيادة تنقص من ملاءة الزوج وتمس حقوق الدائنين ، وقد جاء في اجتهاد لمحكمة النقض السورية بدمشق ما يلي :

(١) القانون لعام ١٩٥٣ ـ العدد ٤ ص ٣٨٠
(٢) القرار رقم ٥١٢ المنشور في المحامون لعام ١٩٦٤ العدد ٨ ص ٢٩١
(٣) القانون لعام ١٩٦٣ العدد ١ ص ٨٢

« إن تصادق الزوجين على مقدار المهر صحيح ولو جاء متأخراً ، إذ تصح الزيادة في المهر كما يصح الحط منه ، وإذا كان هـذا القول صحيحاً حين يكون الزوج غير مدين للغير بدين ثابت يجعل هـذا التصادق تحصيله غير ممكن ، فإنه عند وجود مثل ذلك الدين يترتب على القاضي التعمق في التحقيق والبحث في حقيقة المهر ومستنداته ... وذلك أن الزوج الذي قد لا يملك التصرف في ماله تبرعاً بغير رضاء دائنه لاتصح منه الزيادة في المهر ما دامت تلك الزيادة تمس حقوق دائنيه [1]

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٣٨ من القانون المدني على مايلي :

«لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء ، وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتب عليه اعسار المدين أو الزيادة في أعساره وذلك متى توفرت الشروط المنصوص عليها في المادة التالية »

ونصت المادة ٢٣٩ من القانون المدني في فقرتها الثانية على ما يلي :

« أما إذا كان التصرف تبرعاً فانه لاينفذ في حق الدائن ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً .

نماء المهر :

٥١٣ — بما أن ملكية المهر تثبت للمرأة بمجرد العقد . وبما أن المرأة قد لاتستحق المهر أو تستحق بعضه حسب الأحوال ، لذلك فإن لنماء المهر أحكاماً تختلف باختلاف الاستحقاق والقبض وهي :

---

(١) المحامون لعام ١٩٦٤ ـ العدد ٢ ص ٥٤ ـ القرار رقم ١٩ تاريخ ١٩٦٤/١/٢١

أ - أحكام نماء المهر قبل القبض :

٥١٤ - جاء في كتب الأحناف أن زيادة المهر قبل قبضه سواء كانت متصلة كالسمن ، أو منفصلة متولدة من العين كالولد والثمار ، أو غير متولدة كالكسب والغلة (الايجار) تسلم الى الزوجة إذا استحقت المهر كله بالموت أو الدخول أو الخلوة الصحيحة ، لأنها تملكه بملكيتها الأصل.

أما إذا طلقها قبل الدخول والخلوة الصحيحة فالزيادة المتولدة منفصلة كانت أو متصلة تتنصف بالطلاق مع الأصل لأنها جزء منه ، وأما غير المتولدة كالغلة والكسب . فلا تتنصف بالطلاق قبل الدخول على رأي الامام أبي حنيفة وإنما تأخذها الزوجة كلها ، وتتنصف مع الأصل على رأي الصاحبين أبي يوسف ومحمد .

وإذا جاءت الفرقة من الزوجة قبل الدخول حتى سقط كامل مهرها يسلم اليها الكسب عند أبي حنيفة أما عند الصاحبين فإنه للزوج ويدور مع الأصل . لأن الزيادة تملك بملك الأصل ، وإن بطلان ملك الزوجة للأصل يعني بطلان ملكها للزيادة متولدة كانت أم غير متولدة [١]

ب - أحكام نماء المهر بعد القبض :

١ - قبض المهر مع الزيادة :

٥١٥ - إذا قبضت الزوجة مهرها مع الزيادة المتولدة ثم طلقها زوجها قبل أن يدخل بها تنصف الأصل والزيادة ، وإذا سقط مهرها أعادت الأصل مع الزيادة [٢] .

---

(١) شرح فتح القدير ج ٢ ص ٤٥٧
(٢) شرح فتح القدير ج ٢ ص ٤٥٧

٢ قبض المهر قبل الزيادة :

٥١٦ – لو قبضت المرأة أصل المهر قبل الزيادة ثم حدثت الزيادة في يدها ، ثم طلقها قبل الدخول ، فإما أن تكون الزيادة غير متولدة أو متولدة من العين ، واما أن تكون متصلة أو منفصلة ، فإن كانت الزيادة غير متولدة كالايجار اصبحت جميعها ملكاً للزوجة ولا ترد سوى نصف الأصل في حالة تنصف المهر ، لأن حدوث الكسب بعدتمام ملكها يجعل الكسب سالماًلها . أما إذا كانت الزيادة متولدة من العين ومنفصلة كالولد والثمار اصبحت الزيادة جميعها لها عند تنصيف المهر او سقوطه كله على رأي الامام وصاحبيه خلافاً لزفر الذي قال : يتنصف الأصل والزيادة بالطلاق قبل الدخول أو الخلوة ويعود الكل إلى الزوج بسقوط المهر ، وإذا كانت الزيادة متولدة عن الأصل ومتصلة كالسمن وطلقها قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة أخذت أحكام الزيادة المنفصلة على رأي الامامين أبي حنيفة وأبي يوسف أما عند الامامين محمد وزفر فيتنصف الأصل مع الزيادة . أما إذا حدثت الزيادة في يدها بعد ماطلقها قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة فإنه يتنصف الأصل مع الزيادة باتفاق فقهاء المذهب ، وإذا تعذر تنصيف الأصل وجب على المرأة قيمته نقداً [١] .

وقد سكت القانون السوري عن ذلك مما وجب الرجوع الى القول الأرجح في المذهب الحنفي عملاً بأحكام المادة ٣٠٥ أحوال . وقد قنن المرحوم قدري باشا الرأي الراجح في المادة ٨٤ من أحكامه التي جاء فيها ما يلي :

م ٨٤ – ... وإن كانت حصلت زيادة في المهر قبل قبضه وكانت متولدة

---

(١) شرح فتح القدير ج ٢ ص ٤٥٨

عن الأصل تتنصف بين الزوجين سواء كان حصولها قبل الطلاق أو بعده .

فإن كان قد سلم المهر كله اليها فلا يعود النصف إلى ملكه بالطلاق بل يتوقف عودته الى ملكه على الرضا أو القضاء ، فلا ينفذ تصرفه فيه قبلها . وينفذ تصرفها في الكل قبل ذلك بجميع التصرفات الشرعية . وإذا تراضيا على النصف أو قضي للزوج به وكانت قد حصلت زيادة في المهر قبل الطلاق أو بعده وقبل القضاء بنصفه للزوج فلا يلزمها الا نصف قيمة الأصل يوم قبضه والزيادة التي زيدت فيه متصلة كانت أو منفصلة متولدة أو غير متولدة تكون لها خاصة .

نقصان المهر :

٥١٧ — إذا حصل نقص في عين المهر بعد القبض وقد تأكد كله للمرأة فان النقص يكون على حسابها .

أما إذا حصل النقص قبل القبض وتأكد المهر كله للمرأة فهناك أحوال ثلاثة :

١ — إذا كان النقص بآفة سماوية وكان يسيراً يغتفر ، وإن كان كبيراً خيرت المرأة بين أن تأخذ العين ناقصة أو تأخذ قيمتها كاملة .

٢ — إذا كان النقصان بفعل أجنبي خيرت المرأة بين أخذ قيمةالعين أو أخذها ناقصة والرجوع على الأجنبي بضمان النقص .

٣ — إذا كان النقصان بفعل الزوج كانت المرأة بالخيار بين أخذ العين مع تضمين الزوج قيمة النقص أو أخذ قيمتها كامله .

أما إذا لم يتأكد المهر كله فسقط نصفه أو كله ، فإن حدث النقص بآفة سماوية والمهر بيد الزوج فلها الخيار بين أن تأخذ النصف من غير تعويض عن النقص أو تأخذ نصف القيمة وقت العقد . وإن كان النقصان بفعل أجنبي أو بفعل الزوج فإن حقها في نصف الموجود من العين وفي

نصف قيمة الضمان . وإن حدث بفعل الزوجة فليس لهـا الا نصف العين الموجودة .

أما إذا حدث النقص بعد القبض . فإن كان بآفة سماوية أو بفعلها فالزوج بالخيار بين أخذ نصف العين الناقصة أو أخذ نصف قيمتها كاملة على رأي الأحناف . واني أرى أن يأخذ نصفها مع نصف قيمة الضمان على أن تقدر القيمة وقت القبض لأن الضمان يكون عليها من تاريخ القبض.

وإذا كان النقصان بفعل أجنبي وكان قبل الطلاق فليس للزوج إلا نصف القيمة . أما إذا كان بعد الطلاق فله نصف الباقي مع الضمان على الأجنبي أو الزوجة حسب اختيار الزوج . وإن سقوط المهر كله يتبع نفس تلك الأحكام .[1]

ولم ينص القانون السوري على أحكام نقص المهر كما لم ينص عليها المرحوم قدري باشا في أحكامه مما يوجب اعمال القول الأرجح في المذهب الحنفي والذي بيناه سابقاً .

تشطير المهر :

٥١٨ — جرت العادة في بلدنا على تشطير المهر شطرين نصفه معجل يدفع عند العقد ونصفه مؤجل يبقى في ذمة الزوج مادام الزواج قائماً ولا يتحقق إلا بالطلاق أو الوفاة أو التفريق ، هذا إذا لم تذكر مدة محددة لتأجيله أما إذا حدد بمدة استحق المؤجل بحلولها . ويصح تأجيل كل المهر أو تعجيله كله أو بعضه حسب الاتفاق .

وقد نصت المادة ٥٥ من القانون على مايلي :

م ٥٥ : يجوز تعجيل المهر أو تأجيله كلاً أو بعضاً وعند عدم النص يتبع العرف .

---

(١) أحوال أبي زهرة ص ٣٢٣

ونصت المادة ٥٦ من القانون على أن تأجيل المهر ينصرف الى حين البينونة أو الوفاة ما لم ينص في العقد على أجل آخر ، واستقر الاجتهاد السوري على أن تحرير سند بالمهر لحين الطلب يجعله معجلاً.[1]

والمهر عند النصارى يمكن تعجيله وتأجيله كلاً أو بعضاً كما هو عند المسلمين.

فقد جاء في المادة ٤٨ من أحوال السريان الأرثوذكس ما يلي :

م ٤٨ - تستحق المرأة مهرها المعجل قبل الدخول وبعد العقد مباشرة ، ما لم يكن هناك شرط بتعجيله أو تأجيله ، فإذا أجل فلا تستحقه الزوجة إلا عند انتفاء الزوجية ويكون ديناً في ذمة الزوج.

أما عند اليهود فالمهر محدد مقدر لم ينص على تشطيره.

قبض المهر :

٥١٩ - بما أن المهر حق للزوجة ويجب لها بمجرد العقد فإن من حقها قبضه فور العقد ما لم يكن هناك اتفاق على تأجيله كلاً أو بعضاً أو يكون هناك عرف جار على تأجيل قسم منه وتعجيل القسم الآخر ، فعند ذلك لا يلزم الزوج إلا بدفع أو تسليم ما اشترط أو تعورف على تعجيله.

وإذا كانت المرأة بالغة عاقلة راشدة كان من حقها قبض مهرها بنفسها أو أن توكل في قبضه من تشاء . ولا تشترط أن يكون الوكيل وليها. إلا أنه يشترط في الوكالة أن تكون صريحة ومنصرفة إلى اجازة الوكيل بقبض المهر.

وقد أجاز القانون أخذاً من المذهب الحنفي للأب أو الجد العصبي قبض مهر البكر دون وكالة ظاهرة على أساس الوكالة الضمنية المفترضة

(١) القرار رقم ٤٧٨ - المحامون لعام ١٩٦٤ - عدد ٧ - ص ٢٥٦

إلا إذا نهت الزوجة زوجها صراحة عن الدفع لهما ، فإن دفع لهما بعد النهي فلا تبرأ ذمته من المهر . وليس هذا الأمر لغيرهما من الأولياء . إذ اعتبر الفقهاء ما جرت عليه العادة من حرص الآباء والأجداد على مصالح بناتهن ، وأنهما في الغالب ينفقان هذا المهر على تجهيزهن الجهاز اللائق بهن .

أما إذا كانت البالغة الرشيدة ثيباً فلا يحق لأحد أن يقبض مهرها إلا باذن منها صريح ، وإن دفع الزوج المهر لغيرها ولياً كان أو غير وليّ لا تبرأ ذمة الزوج من المهر . وهذا مستفاد من نص االادة ٦٠ من القانون التي جاء فيها ما يلي :

م ٦٠ : ينفذ على البكر ولو كاملة الأهلية قبض وليها لمهرها إن كان أباً أو جداً عصبياً ما لم تنه الزوج عن الدفع اليه .

أما إذا كانت الزوجة قاصرة أو محجوراً عليها لسفه أو جنون فلا يصح قبضها للمهر وإنما تكون الولاية في القبض لوليها ، وتبرؤ ذمة الزوج بالدفع له ، فان كان للمحجور عليها وصي مالي من قبل المحكمة فإن ولاية قبض المهر تكون للوصي وليس للوليّ العاصب ما لم يكن الولىّ العاصب أباً أو جداً ، لأن الأب والجد وليان على النفس والمال بآن واحد بنص الشرع والقانون .

وقد جاء في المادة ٩٦ من أحكام قدري باشا أنه إذا كانت الأم وصية لابنتها وقبضت مهرها وهي صغيرة ثم ادركت فلها أن تطالب أمها به دون زوجها ، وإن لم تكن الأم وصية وقبضت عن ابنتها القاصرة فللبنت بعد الادراك أن تطالب به زوجها وهو يرجع على الأم وكذلك الحكم في سائر الأولياء غير من ذكر سابقاً .

ومما يجب التنويه اليه أن الوكيل بالزواج لا يعتبر وكيلاً بقبض المهر ، لأن الوكيل بالزواج سفير ومعبر ليس إلا وليس عليه أن ينفذ أي حكم من أحكام العقد ، والمهر حكم من أحكامه [1] إلا أن ينص في الوكالة على تفويضه بقبضه ، وعلى هذا استقر الاجتهاد السوري .

فقد جاء في اجتهاد لمحكمة النقض السورية بدمشق ما يلي :

« يجب دفع المهر للزوجة نفسها وان ذمة الزوج لا تبرأ منه إلا بدفعه اليها أو إلى وكيلها أو إلى وليها الذي له حق قبض مهرها وهو الأب والجد العصبي دون غيرهما من الأولياء عملاً بصراحة المادة ١٦٠ أحوال وبالتالي فان دفع المهر إلى الأخ غير الوكيل لا ينفذ على الزوجة البالغة » [2] .

وفي اجتهاد آخر : « ان دفع المهر إلى شقيق الزوجة غير الوكيل عنها لا يسري على الزوجة البالغة » [3] .

وفي اجتهاد آخر : « لا يعتبر المال المدفوع من الخاطب إلى من لا يحق له قبضه من الأقرباء مهراً ، والمنازعة بشأنه من اختصاص القضاء العادي » [4] .

وتعتبر الزوجة قابضة لمعجل مهرها إذا رضيت أن تأخذ من زوجها بدلاً عنه عقاراً أو أشياء جهازية واستلمتها فعلاً وعلى هذا استقر الاجتهاد السوري أيضاً فجاء في قرار لمحكمة النقض بدمشق ما يلي :

---

(١) أحوال ابي زهرة ص ٢١٧
(٢) القانون لعام ١٩٦٣ ص ٩٠٥
(٣) القانون لعام ١٩٦٤ ص ١٩٠
(٤) قرار رقم ١٩ ـ المحامون لعام ١٩٦٦ ص ١٤

« إن شراء الزوجة من زوجها قطعة أرض مقابل معجل مهرها وإستلامها لهذه الأرض يجعل الزوجة قابضة لمعجلها ويجعل حقها متعلقاً بهذه الأرض ، وأن النزاع الذي قد ينشأ على نقل قيد الأرض للزوجة لا يتعلق بالمهر ولا ينفي قبضها له. [1] واعتبر الاجتهاد أن مجرد مساكنة الزوجة زوجها على أشيائها الجهازية التي هي بدل المهر ، يجعلها مستلمة لمعجل مهرها ، وليس لها المطالبة بالنفقة نقداً إذا تحققت شرعية المسكن[2].

أهلية الزوجة لقبض المهر :

٥٢ — إن أهلية الزوجة لقبض المهر هي نفس الأهلية المطلوبة لعقدها النكاح بنفسها ، وعلى ذلك إستقر الاجتهاد السوري فجاء في قرار لمحكمة النقض بدمشق ما يلي :

« من تثبت أهليته لعقد النكاح ، يعتبر كامل الأهلية في كل ما يتعلق بهذا العقد ومنه المهر ، فلا يمكن اعتبار الزوجة التي ملكها القاضي صلاحية عقد نكاحها بنفسها قاصرة من ناحية المهر » [3].

اثبات استلام الزوجة للمهر :

٥٢١ — إذا أنكرت الزوجة إستلامها للمهر فعلى الزوج الاثبات واذا كتب في صك الزواج أنه مقبوض فعلى الزوجة اثبات عدم القبض وأن إقرارها في الصك بالقبض كان إقراراً صورياً وليس لها ذلك إلا بإقرار الزوج أو يمينه أو بوثيقة خطية .

أما إذا كتب في الصك أن المهر غير مقبوض فعلى الزوج إثبات

(١) نقابة المحامين لعام ١٩٦٢ ص ٨٩ قرار ١٥
(٢) القانون لعام ١٩٦٨ ص ٢٣٣
(٣) القانون لعام ١٩٥٣ — العدد ٣ ص ٢٨٩

القبض وليس له ذلك إلا بإقرار الزوجة أو بيمينها أو بوثيقة خطيـة . هذا إذا كانت الزوجة أهلاً للقبض أمـا إذا كانت ناقصة الأهلية فباقرار أو يمين وليها أو وصيها القابض للمهر نيابة عنها . ولا تقبل البينة الشخصية إلا إذا قبلت بها الزوجة .

وقد جاء في اجتهاد لمحكمة النقض السورية بدمشق انه لا تسمع الشهادة على مايخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي ، فلا تسمع على دفع المعجل إذا نص في صك الزواج أنه غير مذفوع[1] .

اما إذا لم يكن هناك صك خطي يبين دفع المهر ام عدم دفعه فإن للزوج اثبات ايصاله المهر لزوجته بالبينة الشخصية وللزوجة تقديم البنيـــة المعاكسة والقاضي يرجح بين البينات .

وإذا دون في صك الزواج أن المهر مبلغ نقدي سيقدم به الزوج إلى البيت الزوجي اشياء جهازية ، فقد انحصر حق الزوجة في الأشياء الجهازية المقدمة وليس في المبلغ النقدي وإن مجرد استلامها لتلك الأشياء يبرىء ذمة الزوج من معجل المهر ، ويعتبر مساكنة الزوجة زوجها على تلك الأشياء بحكم الاستلام الفعلي والقانوني لها كما استقر على ذلك الاجتهاد[2] إلا أن لها طلب تقويم تلك الأشياء بتاريخ الشراء لتتبين فيما إذا كانت معـادلة للمبلغ النقدي المتفق عليه لقاء المعجل أم لا .

فإن اختلفا على وقوع المساكنة على الجهاز فإن المساكنة واقعة مادية يجوز إثباتها بالشهادة .

أما إذا اختلفا على الأشياء فقالت الزوجة إنها ليست جهازاً وإنما هي

(١) القانون لعام ١٩٦٢ ــ العدد ٦ ــ ص ٥٧٠
(٢) القانون لعام ١٩٦٨ ــ العدد ٢ ص ٢٣٣

أشياء للزوج وقال الزوج أنها جهاز قدمها لقاء معجل المهر ، فهل يجوز اثبات ذلك بالبينة الشخصية ، وعلى من يقع عبء الاثبات ، ان هذا الأمر يدعونا للبحث في الخلاف على الصفة .

الخلاف على الصفة :

٥٢٢ ـ إذا اختلف الزوج والزوجة في صفة الأشياء المقدمة فقال الزوج هي من المهر وقدمها جهازاً لزوجته وقالت الزوجة انها هدية أو تخص الزوج وليست من الجهاز . كان القول قول الزوج بيمينه ، لأنه هو المملك ، وهو أدرى بجهة التمليك ، والظاهر أنه يسعى لاسقاط ما في ذمته .[١] وهذا ما استقر عليه الاجتهاد السوري . فجاء في قرار لمحكمة النقض بدمشق ما يلي :

« إذا قدمت الأشياء للزوجة بصفة مهر فيكون الاختصاص بشأنها للمحاكم الشرعية ، أما إذا قدمت بصفة هدايا فيكون الاختصاص للمحاكم العادية ، والقول للزوج في تعيين الوصف .»[٢]

والمستفاد من أقوال الفقهاء وهو ما نؤيده أنه ينظر في الأشياء فإن كانت مما تعارف الناس على تقديمها جهازاً فالقول قول الزوج بيمينه على أنه اشتراها من المهر وقدمها جهازاً لزوجته وإن كانت مما لم يتعارف الناس على تقديمه جهازاً كأدوات المطبخ والأطعمة والأشربة وغيرها فالقول قول الزوجة بيمينها إلا أن يثبت الزوج العكس بالطرق المعتبرة قانوناً في الاثبات . على أنه كي تعتبر الأشياء مقدمة جهازاً وجب أن تكون قد

---

(١) أحوال أبي زهرة ص ٢٣٦
(٢) القانون لعام ١٩٦٢ ـ عدد ٨ ـ ص ٧١١

اشتريت بعد العقد أما إذا كانت مشتراة قبل العقد وقبلتها الزوجة جهازاً لوجب أن يكتب في صك الزواج ان معجل المهر مبلغ من المال قيمة أشياء جهازية موجودة في البيت الزوجي . وفي هذه الحالة فان زفاف الزوجة على تلك الأشياء يجعلها مستلمة لها دون أن يكون لها الحق في طلب تقويمها .

وفي اجتهاد لمحكمة النقض السورية بدمشق ان العبرة لاتفاق الطرفين فيما يعتبر هدية وفيما يعتبر مهراً [١] فإن لم يكن هناك اتفاق يتبع العرف ، وقد تعارف الناس وأيد ذلك الاجتهاد أن المبلغ الذي يقدمه الزوج للزوجة ثمناً للمصاغ بمناسبة الزواج لا علاقة له بالمهر وإنما يعتبر من قبيل الهدية ، ولا يحق للزوج مطالبة زوجته باسترداده لأن ذلك يعتبر رجوعاً في الهبة وهو غير جائز . [٢]

ونصت المادة ١١١ من كتاب قدري باشا على أنه إذا بعث الزوج إلى امرأته شيئاً من النقد أو العروض أو مما يؤكل قبل الزفاف أو بعد البناء بها ولم يذكر وقت بعثه أنه من المهر ولا غيره ثم اختلفا فقال الزوج هو من المهر وقالت هو هدية فالقول له بيمينه فيما لم يجر عرف البلد بارساله هدية للمرأة ولها فيما جرى به ، فإن حلف الزوج والمبعوث قائم فهي بالخيار إن شاءت أبقته محسوباً من مهرها وإن شاءت ردته ورجعت بباقي المهر أو كله إن لم يكن دفع لها شيئاً منه ، وإن هلك أو استهلك تحتسب قيمته من المهر ، وإن بقي لأحدهما بعد ذلك شيء يرجع به على الآخر وإن أقاما البينة فبينتها مقدمة .

---

(١) المحامون لعام ١٩٦٥ ــ عدد ٧ ص ٣٠٣ رقم ٤٥٢
(٢) القانون لعام ١٩٦٢ ــ العدد ١٠ ص ٨٩٥

وتعقيباً على هذه المادة أقول : ان هذه لمادة تطبق إذا لم يذكر في صك الزواج على أن المهر مبلغ من النقود سيقدم به الخاطب أشياء جهازية إلى البيت الزوجي لأنه لو كتب ذلك لانصرف حق الزوجة إلى الأشياء المقدمة ولم تعد في الخيار، إن شاءت قبلت الأشياء واحتسبتها من المهر وان شاءت ردتها ورجعت عليه بالمهر . لأن العبرة لاتفاق الطرفين وان قبولها في صك الزواج أن يشتري الزوج بالمهر أشياء جهازية هو اتفاق لا تملك الرجوع عنه إلا برضا الطرف الآخر . وليس لها اعتراض على نوع الأشياء المشتراة إلا إذا اشترطت أن يكون الانتقاء بمعرفتها وإنما لها الإعتراض على القيمة إذ يبقى من حقها طلب التقويم القضائي بواسطة خبير تعينه المحكمة . أما إذا لم يكتب في الصك بأن الزوج سيقدم لقاء المهر أشياء جهازية ثم قدم الزوج أشياء جهازية بدلاً عن المهر النقدي فعليه في تلك الحالة اثبات موافقة الزوجة [1] وليس له ذلك إلا بالدليل الكتابي وإلا فان الزوجة بالخيار إن شاءت قبلت تلك الأشياء من المهر وإن شاءت ردتها عملاً بأحكام المادة ١١١ من كتاب قدري باشا .

أما إذا قدم الزوج الأشياء الجهازية تنفيذاً لصك الزواج ووضعها في البيت الزوجي ولم تستلمها الزوجـة فلا تعتبر مستلمة لمعجل مهرها ما لم ينذرها باستلامها أصولاً عن طريق الكاتب بالعدل فترفض الاستلام . فعند ذلك تعتبر مستلمة لها حكماً . وقد استقر الاجتهاد على أن وضع المعجل في ديوان المحكمة لا يعتبر تسليماً للزوجة [2] لأن العبرة أن يسلم اليها فعلاً

---

(١) القاعدة ٨٣ من مجموعة القواعد القانونية الشرعية السورية
(٢) القاعدة ١٠٢ من مجموعة القواعد القانونية الشرعية السورية

أو تنذر باستلامه فترفض أو يدفع بنـاء على طلب منها في دائرة التنفيذ ولو لم تحضر لاستلامه .

ولو اختلفا فقال هو إن ما قدمه لها مهراً وقالت هي وديعة ، فإن كان قدمه لها هو من جنس المهر كان القول قول الزوج بيمينه وإن كان ما قدمه من جنس الوديعة كان القول قولهـا بيمينها إلا أن يثبت هو العكس . وعلى كل حال فان من يقـدم منهما البينة تسمع ولا مانع أن تكون البينة شخصية إلا أن تكون مخالفة لدليل كتابي ، فإن أقاما بينتين متعاكستين فإن البينة الراجحة هي من يشهد لها ظاهر الحال . أو العرف .

هذا إذا اختلفا على الصفـة ، أما إذا اختلفا على استلام الأشياء فعلى الزوج اثبات المساكنة أو اثبات الاستلام بدليل كتابي إذا كان هناك صك زواج يشعر بعدم دفع معجل المهر .

حكم المدفوع اذا لم يتم النكاح :

٥٢٣ ــ نصت المادة ١١٠ من أحكام قدري باشا على ما يلي :

إذا خطب أحد امرأة وبعث اليها بهدية أو دفع اليها المهر كله أو بعضه ولم يتزوجها أو لم يزوجه وليها منها أو ماتت أو عدل هو عنها قبل عقد النكاح فله استرداد ما دفعه من المهر عيناً إن كان قائماً ولو تغير ونقصت قيمته بالاستعمال ، أو عوضه ان كان قد هلك أو استهلك وأما الهدايا فله استردادها إن كانت قائمـة بأعيانها ، فإن كانت قد هلكت أو استهلكت فليس له استرداد قيمتها .

وقد كان الاجتهاد السوري يقضي بأن اختصاص المحكمة الشرعية للنظر

في النزاع بشأن المهر محله قيام عقد الزواج باعتباره أثراً من آثاره فإذا لم يتم العقد كان الاختصاص للقضاء المدني[1] .

ولكن الغرفة الشرعية في محكمة النقض السورية عدلت أخيراً عن هذا الاجتهاد ورجعت إلى الحق فقررت أنه لما كانت قضايا المهر تختص المحكمة الشرعية بالحكم بها عملاً بالفقرة هـ من المادة ٥٣٦ أصول وكانت المادة الرابعة من قانون الأحوال الشخصية النافذة صرحت بأن الخاطب إذا دفع المهر ثم عدل عن اجراء العقد فللمرأة الخيار بين اعادة مثل النقد أو تسليم الجهاز . وكان هذا النص يفيد بمنطوقه أن ما يدفعه الخاطب باسم المهر يصح تسميته مهراً ولو لم يحصل عقد زواج ، والاختصاص بذلك للمحاكم الشرعية .[2]

صورية المهر :

٥٢٤ — قد يتفق الزوجان على مهر قليل بينهما ومن ثم يعلنا أكثر منه مباهاة منهما أمام الناس ومفاخرة ، وقد يدونا هذا المهر العلني بشكل صوري في صك الزواج ، فما هو حكم المهر العلني وكيف يمكن اثبات المهر الحقيقي .

جاء في فتح القدير : لو عقدا في السر بألف وأظهرا ألفين « فالمهر ما في السر إن اتفقا ، وإن اختلفا فالقول للمرأة ويثبت لها مهر العلانية ، أما إذا أشهد عليها وأقام البينة على مهر السر فيثبت ما ادعاه[3] .

---

(١) القانون لعام ١٩٦٨ العدد ٧ ص ٤٥٢
(٢) القرار رقم ٢٧٧ تاريخ ٦/٦/١٩٧٠ القاعدة ٤٦ من مجموعة القواعد القانونية الشرعية السورية .
(٣) فتح القدير ج ٢ ص ٤٤٤

وجاء في المبسوط : إذا توافقا في السر بألف وأشهدا أنهما يجددان العقد بألفين سمعة ، فالمهر هو الأول ، لأن العقد الثاني بعد الأول لغو ، وبالاشهاد علمنا أنهما قصدا الهزل بما سمياه فيه ، وإن لم يشهدا على ذلك فالذي أشار إليه في الكتاب أن المهر مهر العلانية ويكون هذا منه زيادة لها في المهر .

وقالوا هذا عند أبي حنيفة ، فأما عند أبي يوسف ومحمد فإن المهر هو الأول لأن العقد الثاني لغو فما ذكر فيه أيضاً من الزيادة يلغو [1]

وقد أخذ الاجتهاد السوري باعتبار مهر السر إذا ادعى أحد الزوجين صورية المهر العلني ولو كان مسجلاً في عقد الزواج فجاء في قرار لمحكمة النقض السورية ما يلي :

« إن صورية الإقرار بالمهر الواردة في صك الزواج جائز إثباتها »[2]

ولكن هل يجوز الإثبات بالبينة الشخصية ؟ .

من المعروف أن المرسوم التشريعي رقم ٨٨ لعام ١٩٤٩ قد منع الاثبات بالشهادة فيما يجاوز أو يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابي . ولذلك فليس لمن يدعي خلاف ما ورد في صك الزواج إثبات ذلك بالشهادة وإنما له اثباته بالاقرار أو اليمين .

إلا أن القواعد العامة في الاثبات قد أجازت للغير اثبات صورية العقود بالشهادة ولو كان العقد بين طرفيه لا يجوز إثباته أصلاً بالشهادة . وقد جاء في اجتهاد لمحكمة النقض السورية بدمشق : إن البينة الشخصية

---

(١) فتح القدير ج ٢ ص ٤٤٤
(٢) القانون لعام ١٩٥٩ العدد ١ ص ٧٧

شرعت في اثبات صورية العقود للغير دون المتعاقدين [١].

ووفقاً لذلك فإنه يحق لدائني الزوج اثبات صورية المبلغ المسمى في عقد الزواج بالبينة الشخصية . لأنهم يثبتون حيلة ومواطأة تضر بمصالحهم كدائنين . ولكن ليس لأحد الزوجين إثبات تلك الصورية بالبينة الشخصية إذا أنكرها الطرف الآخر . وإن كان الأحناف قد نصوا على جواز إثبات ذلك بالشهادة بين المتعاقدين . لأن الأصل في طرق الإثبات هو مانص عليه قانون البينات السوري وليس ما جاء عند الأحناف وذلك عملاً باحكام المرسوم ٨٨ لعام ١٩٤٩ .

زوال صفة المهر :

٥٢٥ — تزول صفة المهر عن المبلغ المسمى مهراً بمجرد استلامه من قبل الزوجة فإذا تصرفت به بعد القبض سواء لزوجها أو لغيره كان الاختصاص للمحاكم العادية لزوال صفة المهر عن المبلغ بقبضه من الزوجة. وعلى هذا استقر الاجتهاد السوري فجاء في قرار لمحكمة النقض الموقرة بدمشق ما يلي :

« يختص القضاء الشرعي بالحكم في قضايا المهر والجهاز ، والمهر هو مـا اتفق عليه في العقد الجاري بين الزوجين ، فإذا ما قبضته الزوجة وسلمته للغير ، فإن تصرفها يشكل عقداً مدنياً يعود البت فيه إلى القضاء العادي [٢] .

وجاء في اجتهاد آخر : إن استعادة الزوج مهر زوجته منها تشكل دعوى مدنية وتخرج عن اختصاص المحاكم الشرعية [٣].

---

(١) قانون البينات لجورج كرم ص ٣٥١
(٢) القانون لعام ١٩٦٤ — عدد ١٠ ص ٨٩٣
(٣) القانون لعام ١٩٦٠ عدد ١ ص ٦٥

وجاء في اجتهاد آخـــر : أن حوالة المهر بصك لغير الزوجين يجعل النزاع من اختصاص القضاء العادي [1]

وفي اجتهاد غيره : إذا قبضت الزوجة المهر وسلمته للغير أو فوضته بقبضه والتصرف به فإن تصرفها يشكل عقداً مدنياً يدخل الخلاف بشأنه في اختصاص القضاء العادي [2]

وجاء في اجتهاد آخر : لئن كانت قضايا المهر سواء أكان دفعه قبل العقد أو بعده من اختصاص المحاكم الشرعية ، إلا أن السند الذي توقعه أم المخطوبة وأخوها وليس لهما ولاية بقبض مهرهـا والذي هو عبارة عن تعهد بدفـع المبلغ المدون فيه عند ثبوت تأخرهـا بإعطاء الخطيبة ، إن هذا السند يشكل التزاماً مدنياً عادياً ويدخل الخلاف الناشـــيء فيه في اختصاص المحاكم العادية [3]

آثار قبض المهر :

٥٢٦ – متى قبضت الزوجة معجل مهرها وجب عليها متابعة زوجها إلى مسكنه الشرعي وطاعتها له والا فلا ، وعلى ذلك استقر الاجتهاد.

فجاء في اجتهاد لمحكمة النقض الموقرة بدمشق .

« إن الزوجة التي لم تقبض كامل معجل مهرها لا تجب عليها المتابعة وتجب لها النفقة » [4]

---

(١) محامون لعام ١٩٦٥ ـ عدد ٥ ـ ص ٢١٢ رقم ٢٩٩
(٢) القانون لعام ١٩٦٦ عدد ٣ ص ٢٩٠
(٣) القانون لعام ١٩٦٣ عدد ١ ص ٨٣
(٤) مجلة نقابة المحامين لعام ١٩٦٤ ـ عدد ٨ ص ٥٢ رقم ١٠٤

فان لم يكن هناك مهر مسمى فلها أن تمنع نفسها عن زوجها حتى تقبض المعجل من المهر المثلي . وعلى هذا نص قرار لمحكمة النقض بدمشق فجاء فيه ما يلي :

« لا تجبر المرأة على المتابعة إلا بعد قبض المعجل من المهر المثلي »[1]
ومهر المثل كما ذكرنا سابقاً هو مهر امرأة تماثل الزوجة من قوم أبيها أو غيرهم ويثبت بإخبار رجلين أو رجل وامرأتين ، وإلا فالقول قول الزوج بيمينه[2]

ويتبع العرف فيما يعتبر من مهر المثل معجلاً وفيما يعتبر مؤجلاً وفي بلدنا العرف التنصيف .

وإذا قبلت المرأة تأجيل كل المهر إلى أجل معلوم لم يعد من حقها الامتناع عن متابعة زوجها إن لم يدفعه لها ، هذا على رأي أبي حنيفة ومحمد خلافاً لرأي أبي يوسف ، الذي قال بأن لها الامتناع حتى يسلمها المهر ، لأن الزوج عندما اشترط تأجيل المهر يكون قد رضي ضمناً بتأجيل طاعتها له إلى وقت التأجيل ، وهي ما قبلت تأجيل المهر كله إلا على هذا الأساس ، والحقوق في الزواج متقابلة ، فحق الطاعة يقابله حق المهر ، والمعمول به هو الرأي الأول وهو مانؤيده وقد أيده الاجتهاد السوري أيضاً .

أما إذا أجل المهر كله إلى فرقة أو طلاق فلم يعد من حق المرأة

(١) القانون لعام ١٩٥٥ ـ عدد ١ ص ١٠٤
(٢) محامون لعام ١٩٦٦ ـ العدد ١١ ص ٣٩٣ قرار ٦١٥

حبس نفسها لمخالفة ذلك لمقتضى العقد ولا سبيل لجعله متلائماً مع العقد إلا بفرض تعجيل الطاعة وتأجيل المهر . وجاء في اجتهاد لمحكمة النقض بدمشق .

« يجوز تعجيل المهر كله وتأجيله كله ، ولا يحق للزوجة المطالبة به قبل حلول أجله المعين ، وإذا حبست نفسها إلى حين قبضه اعتبرت ناشزاً . »[1]

أما إذا لم يقدم لها معجل المهر الذي اتفق على تعجيله ثم دخل بها برضاها فهل لها أن تمنع نفسها بعد ذلك حتى يؤدي لها المعجل ؟

الذي عليه الفتوى عند الأحناف أنه لها أن تمنع نفسها وهو قول أبي حنيفة خلافاً لقول الصاحبين ، اللذين ذهبا إلى انه مادامت الزوجة رضيت بالدخول أو الخلوة الصحيحة فقد قامت بتنفيذ أحكام العقد من جانبها من كل الوجوه برضاها ، فكان ذلك أمارة على إسقاط حقها في طلب معجل المهر قبل الدخول ، فيسقط حقها في الامتناع حتى يقدمه . والساقط لا يرد ، وإنما لها تنفيذ القبض قضاءً .

وقد سار الاجتهاد السوري على رأي أبي حنيفة فجاء في قرار لمحكمة النقض السورية ما يلي :

« إن مساكنة الزوجة زوجها دون أن تكون قبضت كامل مهرها المعجل ، لا يسقط حقها من المطالبة به وحبس نفسها حتى تقبضه »[2]

ضمان المهر :

٥٢٧ — للزوجة أن تطلب من زوجها أن يقدم كفيلاً للمهر ،

---

(١) القانون لعام ١٩٥٨ — عدد ٤ ص ٢٥٧
(٢) نقابة المحامين ١٩٦٣ — عدد ٥ ص ٢١ — رقم ٥٢

وللمرأة المكفول مهرها أن تطالب به أياً شاءت الزوج بعد بلوغه أو الضامن سواء كان وليها أو وليه ، وإذا أدى الضامن رجع على الزوج أن أمره بالضمان عنه وإلا فلا رجوع عليه (م ١٠١ قدري باشا) .

وجاء في المادة ١٠٠ من أحكام قدري باشا أن ولي الزوج أو الزوجة يصح ضمانه مهرها في حال صحته صغيرة كانت الزوجة أو كبيرة بشرط قبولها الضمان في المجلس ان كانت كبيرة أو قبول وليها إن كانت صغيرة ، ولا يصح ضمانه في مرض موته إن كان المكفول له أو عنه وارثاً له فإن لم يكن وارثاً صح ضمانه بقدر ثلث ماله .

وذهب الأحناف إلى أنه إذا زوج الإب ابنه الصغير الفقير امرأة فلا يطالب بمهرها إلا إذا ضمنه ، فإن ضمنه وأداه عنه فلا يرجع به عليه إلا إذا أشهد على نفسه عند التأدية أنه أداه ليرجع به ، ولو مات أبو الصغير الفقير قبل أداء المهر الذي ضمنه عنه فللمرأة أخذه من تركته ولباقي الورثة حق الرجوع به في نصيب الصغير من ميراث أبيه ، ولو كان للصغير مال يطالب أبوه ولو لم يضمن المهر عنه بدفعه من مال ابنه لا من مال نفسه لما له من ولاية التصرف في مال أولاده الصغار (م ١٠٢ قدري باشا) .

وذهب الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد في رواية عنه أن الأب إذا عقد زواج ابنه الفقير يكون هو المطالب بالمهر ، ولو كان الابن الفقير كبيراً وتولى هو بالوكالة عنه ، وإذا أدى الأب المهر بمقتضى توليه عقد ابنه الصغير فليس له الرجوع عليه إذا أيسر ، لأن ذلك يكون بمنزلة ما ينفقه عليه ، ولو مات الأب قبل أن يؤدي المهر الذي وجب عليه بمقتضى توليه

العقد ، فانه يؤخذ من تركته ولا يؤخذ من نصيب الولد ، وهـــذا مذهب أعدل .[1]

هبة المهر :

٥٢٨ — المهر ملك للمرأة تتصرف فيه كيف شاءت بلا اذن من زوجها أو أبيها أو جدها عند عدمه ، أو وصيها ان كانت رشيدة . فيجوز لها بيعه ورهنه وإجارته وإعارته وهبته بـلا عوض من زوجها ومن والديهـا ومن غيرهم (م ٩٧ قدري باشا) .

ولا تجبر المرأة على فوات شيء من مهرها لا لزوجها ولا لأحد من أوليائها ولا لوالديها وإذا ماتت قبل أن تستوفي جميع مهرها فلورثتها مطالبة زوجها أو ورثته بما يكون باقياً بذمته من مهرها بعد اسقاط نصيب الزوج الآيل له من ارثها إن علم موتها قبله (م ٩٩ قدري باشا) .

فاذا أرادت المرأة أن تهب شيئاً من مهرها فاما أن يكون الموهوب له أجنبياً واما أن يكون الزوج نفسه ، فان كان الموهوب له أجنبياً وسلطته على قبضه من الزوج فقبضه من زوجها أو من ضامنه ثم طلقها الزوج قبل الدخول فله الرجوع عليهـا بنصف المهر . وإن كان الموهوب له الزوج فينظر إلى المهر إذا كان نقداً أو مكيلاً أو موزوناً وقبضتـه بتمامه ومن ثم وهبت زوجها كله أو بعضه وطلقها قبل الدخول فله الرجوع عليها بنصفه ، أما إذا كان يتعين بالتعيين كالعروض ووهبته زوجها فـلا رجوع عليها بشيء ، هكذا المذهب الحنفي وهو ما نص عليه قدري باشا في المادة ٩٨ من أحكامه .

---

(١) أحوال أبي زهرة ص ٢٢٧

أما إذا كانت الزوجة لم تقبض مهرها أو قبضت نصفه فوهبت الكل في الأولى أو النصف في الثانية فلا يرجع عليها بشيء .

وليس لوليّ الصغيرة أن يهب شيئاً من مهرها ولو كان أباً .

الخلاف على المهر بعد موت الزوجين أو أحدهما :

٥٢٩ — إن موت أحد الزوجين كحياتها في الحكم أصلاً وقدراً ، فإذا مات أحدهما ووقع الاختلاف بين ورثته وبين الحيّ في أصل المهر أو في قدره يحكم في ذلك كما لو كان الطرفان أحياء ، أما إذا مات الزوجان واختلف ورثتها في قدر المهر المسمى فالقول لورثة الزوج بيمينهم ، ويلزمهم ما يعترفون به ، وإن اختلفوا في أصل التسمية يقضى بمهر المثل على ورثة الزوج أن جحدوا التسمية ونكلوا عن اليمين ، وكذلك إذا اتفقوا على عدم التسمية في العقد .

هذا إذا وقع الخلاف والمرأة لم تكن قد سلمت نفسها إلى زوجها ، أما بعد التسليم فإذا ادعى الزوج أو ورثته ايصال شيء من المهر اليها وقد جرت عادة أهل البلد بأن المرأة لا تسلم نفسها إلا بعد قبض شيء من مهرها تُقرّرْ بما وصلها معجلاً فان لم تقر به يقضى عليها باسقاط قدر ما يتعارف تعجيله لمثلها ويعطى لها الباقي منه إن حصل اتفاق على قدر المسمى ، وإلا فان أنكر ورثة الزوج أصل التسمية فلها بقية مهر المثل وان أنكروا القدر فالقول لمن شهد له مهر المثل وبعد موتها القول في قدره لورثة الزوج . (م ١٠٨ قدري باشا) .

وأرى أنه لابد لدعم القول من اليمين .

تقسيط المهر :

٥٣٠ ـ الأصل أن المهر لا يقسط على الزوج إلا برضا المرأة ، ولكن المهر إذا بقي بذمة الزوج يعتبر ديناً كسائر الديون وإن كان له امتياز . وبما أن المادة ٣٤٤ من القانون المدني قد تركت للقاضي حق امهال المدين إلى أجل فإن من حق القاضي الشرعي استناداً إلى أحكام المادة المذكورة استعمال سلطته القانونية وتقسيط المهر أو تأجيله [١] إلا أن هذا الأمر ليس وجوبياً على القاضي . أما في التنفيذ فلا يقسط المهر إلا برضى الزوجة الدائنة .

الجهاز

٥٣١ ـ الجهاز هو عبارة عن حوائج وأغراض توضع في البيت الزوجي لاستعمال الزوجين وتكون ملكاً لأحدهما .

متى يكون الجهاز ملكاً للزوج :

٥٣٢ ـ الأصل أن يدفع الزوج لزوجته معجل مهرها نقداً أو عيناً حسب الاتفاق ، ولها أن تتصرف به كما أرادت دون أن تجبر على تجهيز نفسها منه ، أو أن يلزم أبوها على تجهيزها من ماله . وعلى الزوج أن يجهز مسكنه بالأثاث اللائق به والمشابه لاثاث مساكن أمثاله . فإن كان ذلك فإن الجهاز يكون ملكاً خالصاً للزوج وليس للزوجة ادعاء ملكيته بالاستعمال أو غيره ، ويسمى المهر في هذه الحالة مهراً ناشفاً .

متى يكون الجهاز ملكاً للزوجة :

٥٣٣ ـ يكون الجهاز ملكاً للزوجة إذا اشترته من معجل مهرها أو

(١) القاعدة ٥٩ من القواعد القانونية الشرعية السورية

ملكه لها الزوج لقاء معجل مهرها وقبلت هذا التمليك ، أو جهزها به أبوها ونقلته الى المسكن الزوجي ليلة الزفاف أو بمناسبته . وإذا كان الجهاز ملكاً للزوجة فلا حق للزوج في شيء منه ، وليس له أن يجبرها على فرش أمتعتها له أو لاضيافه ، وانما له الانتفاع بها باذنها ورضاها ، ولو اغتصب شيئاً منه حال قيام الزوجية أو بعدها فلها مطالبته به أو بقيمته ان هلك أو استهلك عنده . (م ١١٦ من أحكام قدري باشا) .

ويرى المالكية أن الجهاز واجب على المرأة بجدود ما قبضت من المهر لجريان العرف على ذلك [١] ويروى عن الامام مالك أنه قال : يجوز للزوج أن ينتفع بجهاز زوجته الانتفاع الذي جرى به العرف [٢] . وقد أخذ مشروع قانون الأحوال الشخصية المصري برأي الامام مالك رضي الله عنه فجاء في المادة ٦٦ منه أن الزوجة تلتزم بتجهيز نفسها بما يتناسب وما تعجل لها من مهر قبل الدخول ، ما لم يتفق على غير ذلك . فاذا لم يعجل لها شيء من المهر فلا تلتزم بالجهاز إلا بمقتضى الاتفاق أو العرف . وحبذا لو حذا المشرع السوري حذو المشرع المصري في هذا المجال وخاصة فان الأعراف السائدة الآن توجب على المرأة أن تجهز نفسها بمعجل المهر . وبذلك يكون رأي الامام مالك قد وافق العرف في هذا الزمان مما يوجب العمل به .

العلاقة بين المهر والجهاز :

٥٣٤ ـ إذا اتفق الزوجان على أن يكون المهر قطعاً من الاثاث موصوفة ومعينة يقدمها الزوج إلى المسكن الزوجي ، فقدمها واستلمتها

(١) أحوال أبي زهرة ص ٢٣٨
(٢) فقه السنة ٧ ص ٩٢

الزوجة أو ساكنته عليها برئت ذمة الزوج من المهر أو معجله حسب الاتفاق أما إذا كان الاتفاق على أن يكون المهر مبلغاً من المال يقدم به الزوج اشياء جهازية إلى المسكن الزوجي ، انحصر حق الزوجة بالاشياء الجهازية شريطة أن تكون قيمتها معادلة لمعجل المهر ، ولذلك جاء في الاجتهاد أنه يجب حصر الأشياء الجهازية التي قدمت مقابل معجل المهر وتحديد أثمانها وقت الشراء [1] فإن لم يف ثمنها بمعجل المهر بقيت ذمة الزوج مشغولة بجزء منه وهو الفارق بين ثمن الأشياء الجهازية مقومة بتاريخ الشراء وبين المهر المسمى في العقد . وإن كانت قيمتها أكثر من المعجل انحصر حق الزوجة فيما يعادل المعجل فقط وبقي ما يزيد عنه ملكاً للزوج ، والخيار للزوجة في انتقاء ما يدخل في جهازها .

اختصاص المحكمة الشرعية في الجهاز :

٥٣٥ ـ تختص المحكمة الشرعية في الجهاز إذا كان مقدماً من الزوج لقاء معجل المهر ، أما إذا أحضرته الزوجة فان المحكمة الشرعية لا تكون مختصة إلا في الأشياء التي تحضرها الزوجة معها إلى المسكن الزوجي عند زفافها إلى زوجها ولا يشمل ما تملكه من أموال بعد ذلك والتي يخرج الفصل في الخلاف المتعلق بها عن اختصاص المحاكم الشرعية [2] .

الجهاز ليس من الحقوق الزوجية

٥٣٦ ـ استقر الاجتهاد في سورية على أن الحقوق الزوجية قاصرة على المهر والنفقة فلا تدخل فيها أعيان الجهاز ، وان الابراء على الحقوق الزوجية لا يشمله [3] .

---

(١) القرار المنشور في القانون لعام ١٩٦٨ عدد ٧ ص ٥٣٢
(٢) القرار المنشور في القانون لعام ١٩٥٧ عدد ٩ ص ٥٣١
(٣) القرار ٦١٢ ـ المحامون لعام ١٩٦٧ عدد ١٢ ص ٤٩٦

تملك المرأة للجهاز

٥٣٧ ـ تتملك المرأة الجهاز بمجرد القبض والاستلام ، وقد رأينا أن الاجتهاد استقر على أن مساكنة المرأة زوجها على الأشياء الجهازية المقدمة من الزوج يعتبر استلاماً فعلياً لها .

أما إذا كان المجهز هو الأب وكانت المرأة بالغة ، فإن سلمها الجهاز في حال صحته ملكته بالقبض وليس لأبيها بعد ذلك ولا لورثته استرداد شيء منه ، وإن لم يسلمه اليها فلا حق لها فيه ، ولو سلمه اليها في مرض موته فلا تملكه إلا باجازة الورثة (م ١١٣ من أحكام قدري باشا) .

أما إذا كانت الزوجة قاصرة واشترى لها الأب من ماله جهازاً في حال صحته ملكته بمجرد شرائه سواء قبضته بنفسها وهي مميزة في حال صحته أو في مرض موته أو لم تقبضه في حياته ، وليس له ولا لورثته أخذ شيء منه ، ولو مات قبل دفع ثمنه يرجع البائع على تركته ولا سبيل للورثة على القاصرة (م ١١٤ قدري باشا) .

أما إذا جهز الأب ابنته من مهرها وبقي عنده شيء من المهر فاضلاً عن تجهيزها فلها مطالبته به (م ١١٥ قدري باشا) .

الخلاف على الجهاز

١ ـ الخلاف بين الزوجة وأبيها

٥٣٨ ـ نصت المادة ١١٧ من أحكام قدري باشا على ما يلي :

م ١١٧ ـ إذا جهز الأب بنته وسلمها إلى الزوج بجهازها ثم ادعى هو أو ورثته أن ما سلمه اليها أو بعضه عارية ، وادعت هي أو زوجها بعد

موتها أنه تمليك لها ، فان غلب عرف البلد أن الأب يدفع مثل هذا جهازاً لا عارية فالقول لها ولزوجها ما لم يقم الأب أو ورثته البينة على ما ادعوه ، وإن كان العرف مشتركاً بين ذلك ، أو كان الجهاز أكثر مما يجهز به مثلها فالقول قول الأب وورثته ، والأم في ذلك كالأب .

٢ ـ الخلاف بين الزوجين

٥٣٩ ـ إذا اختلف الزوجان حال قيام الزوجية أو بعد الفرقة في متاع موضوع في البيت الذي يسكنان فيه سواء كان ملك الزوج أو الزوجة فما يصلح للنساء عادة فهو للمرأة إلا أن يقيم الزوج البينة ، وما يصلح للرجال أو يكون صالحاً لهما فهو للزوج ما لم تقم المرأة البينة ، وأيهما أقامها قبلت منه وقضى له بها ، ولو كان المتاع المتنازع فيه مما يصلح لصاحبه .

وما كان من البضائع التجارية فهو لمن يتعاطى التجارة منهما . (م ١١٨ قدري باشا) وإذا مات أحد الزوجين ووقع النزاع في متاع البيت بين الحيّ وورثة الميت فالمشكل الذي يصلح للرجل والمرأة يكون للحيّ منهما عند عدم البينة (م ١١٩ قدري باشا) .

القضاء في الجهاز او بدل

٥٤٠ ـ استقر الاجتهاد في سورية على أنه إذا كانت الأشياء الجهازية موجودة فلا يحكم بثمنها وإنما بردها ذاتها ، أما إذا لم تكن موجودة فيحكم بثمنها [١] .

---

(١) القاعدة ٨٢ من مجموعة القواعد القانونية الشرعية السورية .

الجهاز عند النصارى :

٥٤١ ـ الجهاز عنـد النصارى هو كل ما تجهز به العروس من قبل أهلها من ثياب وحليّ وأواني بيتية تأتي بها دار زوجها ، وما يقدم لها من أبيها أو أحد أوليائها يبقى ملكاً لها .

ويثبت الجهاز العلني بشهادة شاهدين مسيحيين عُدل ، أما بالنسبة للجهاز السري فلا يثبت إلا بشهادة ثلاثة شهود مسيحيين ، كما يثبت بكافة الوثائق التحريرية عرفية كانت أم رسمية .

وإذا اختلف الزوجان في ملكية متاع البيت ، فما يختص عرفاً بأحدهما حق له ، ما لم يقم الآخر البينة على عكس ذلك (م ٤٩ من قانون الأحوال للسريان الأرثوذكس) .

وعند اليهود مثل ذلك .

﴿ انتهى الجزء الأول ﴾

ويليه الجزء الثاني ـ انحلال الزواج وآثاره ـ

تعقيبـــات

١ ــ تعقيباً على ما جاء في الصفحة ٧٥ من أن الاختصاص الدولي ليس من النظام العام وأن من حــق الطرفين الاختصــام الى محكمــة أجنبية إذا ارتضيا ذلك .

نقول : فقد صدر اجتهاد عن الهيئة العامة لمحكمة النقض السورية برقم ٢٧/٣٥ تاريخ ١٩/١٠/١٩٧٢ يقضي بالعــدول عن الاجتهــاد السابق القاضي باعتبار الاختصاص الدولي ليس من النظام العــام ويقرر بأن الاختصاص الدولي من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على تقرير اختصاص القضاء الأجنبي ، وكل اتفــاق على جعــل الاختصاص لمحكمة أجنبية باطل[١] .

٢ ــ تعقيباً على ما جاء في الصفحة ١٥٢ من أن الشافعية والحنابلة ذهبوا الى أن الزواج لا ينعقــد إلا بلفظي الزواج أو النكاح .

نقول : بأنه ورد في التحرير والاقنــاع مــن كتب الشافعية بأن النكاح ينعقد أيضا بالمشتق من لفظي الزواج أو النــكاح أو بترجمتهمــا بالأعجمية .

٣ ــ تعقيباً على ما جاء في الصفحة ١٩٠ من أن الشافعي قال : إن دخل لزمه الصداق كله بالمسيس .

---

(١) المحامون لعام ١٩٧٢ ص ٣٧٤ اجتهاد .

نقول : جاء في هامش الاقناع أنه إنكان المسيس قبل علمه بالعيب لزمه مهر المثل إن فسخ ، وإن فسخ قبل المسيس فلا شيء عليه ، وإن طلق قبل المسيس لزمه نصف المهر ، ويلزمه الصداق كله بالمسيس إذا دخل بعد علمه بالعيب (وهو تفصيل حسن) .

٤ ـ تعقيباً على ما جاء في الصفحة ٢٥٢ من أن البكر صغيرة أو كبيرة عاقلة ومجنونة يزوجها وليها دون اذنها لدى الشافعية .

نقول : شريطة أن يكون الوليّ أباً أو جداً فإن كان غير ذلك فلا تزوج إلاّ بإذن القاضي .

٥ ـ تعقيباً على ما جاء في الصفحة ٢٨١ من أن المحرم من الرضاع هو خمس رضعات متفرقات يقطعها الرضيع باختياره بعد اكتفائه لدى الشافعية والحنابلة .

نقول : إن الاكتفاء والاختيار لا اعتبار له عند بعض الشافعية فلو قطعته المرضعة قبل اكتفاء الغلام عدت رضعة .

٦ ـ تعقيباً على ما ورد في الصفحة ٣٩١ من أن النفقة الزوجية لاتسقط إلا بالأداء أوالابراء .

نقول : إن الاجتهاد القضائي السوري قد ذهب الى أن النفقة المحكوم بها تسقط بمضي خمس سنوات على عدم المطالبة عملا بأحكام المادة ٣٧٣ من القانون المدني على أساس أنها حق دوري متجدد إلا أن هذا الاتجاه مخالف لصراحة نص المادة ٧٩ من قانون الأحوال الشخصية السوري . وهي واجبة الاعمال لسببين لأن قانون الاحوال الشخصية قانون خاص والقانون المدني قانون عام ولأن قانون الاحوال لاحق للقانون المدني . آملين من محكمة النقض العدول عن اجتهادها .

الفهرس

الباب الثالث

الباب الرابع

جدول الخطأ والصواب

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٥	١٤	آخو	آخر
٧	١٠	الحقوفية	الحقوقية
٩	١	أن	إن
١٢	١٠	محمد	محمداً
١٣	١٠	الاثنات	الاثبات
١٤	١٤	أرملاً	أرملَ
٥٩	٨	المحاكمة	المحكمة
٥٩	١٦	المحاكمة	المحكمة
٦٤	٦	بفض	بغض
٧٢	٣	للمتوفي	للمتوفى
٨٤	٣	تثبت	يثبت
٩٤	١٥	تسوع	تسوغ
٩٨	٤	نفها	نفسها
٩٨	١٠	تعين	تعيين
١٠٤	٨	المنسية	الجنسية
١١٩	١١	فيها	فيما
١٣٦	١١	عنها	عنهما
١٥٧	١٠	انعقاه	انعقاد
١٦٥	١	فاسقين	فاسقان
١٨٧	٩	القانونا	القانون
١٨٨	١٩	الجبة	الجب
١٨٨ـــ١٩١	١٩ـــ١	الاخصاء	الخصاء

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٢٤١	١٦	بناتهن	بناتهم
٢٤٩	١٢	أبو بكر	أبي بكر
٢٥٥	٢	المولى	المولى عليه
٢٩٠	١٢	أن عقم	عقم
٢٩١	١٢	حنة	حسنه
٢٩٣	١٦	أَيمانِكم	أَيمانُكمْ
٣١٣	٧	حالياً	خالياً
٣١٩	١٢	نكاج	نكاح
٣١٩	١٧	الخوائج	الحوائج
٣٣٧	١٤	قاذا	فاذا
٣٤٥	٣	وقع	وقوع
٣٥٥	١٩	ثمرة	ثمره
٣٥٦	١٦	لزوجي	الزوجي
٣٦٦	١٧	أعسر	عسراً
٣٧١	٩	الأقاوب	الأقارب
٣٧١	١٨	من	مع
٣٧٦	٢	كرامتها	أو كرامتها
٤٠٥	١	احتلفا	اختلفا
٤٢١	١٧	للتصرف	التصرف
٤٢٨	١٢	تبرؤ	تبرأ
٤٣٢	١٥	كائت	كانت
٤٣٤	١	لمادة	المادة
٤٤٤	١٣	ورئته	ورثته
٤٤٧	١٩	تدحل	تدخل
٤٤٨	٩	الأـب	الأب

المراجع

اسم الكتاب	المؤلف
١ ـ القرآن الكريم	
٢ ـ تيسير الوصول إلى جامع أحاديث الرسول	عبد الرحمن الشيباني
٣ ـ سبل السلام	محمد الصنعاني
٤ ـ مشكاة المصابيح	ولي الدين محمد التبريزي
٥ ـ المدخل الفقهي العام	مصطفى الزرقا
٦ ـ أحكام الشريعة الاسلامية في الأحوال الشخصية	عمر عبد الله
٧ ـ شرح الأحوال الشخصية	دكتور مصطفى السباعي
٨ ـ الأحوال الشخصية	محمد أبو زهرة
٩ ـ شرح الأحوال الشخصية	علاء الدين خروفة
١٠ ـ الأحوال الشخصية لغير المسلمين	دكتور فؤاد شباط
١١ ـ مقارنة الأديان ـ النصرانية ـ اليهودية	دكتور أحمد شلبي
١٢ ـ فقه السنة	السيد سابق
١٣ ـ بداية المجتهد	محمد بن رشد
١٤ ـ رد المحتار على الدر المختار	محمد أمين بن عابدين
١٥ ـ شرح فتح القدير على الهداية	كمال الدين محمد بن الهمام
١٦ ـ الاختيار لتعليل المختار	عبد الله الموصلي
١٧ ـ كفاية الأخيار	تقي الدين أبو بكر الحصني
١٨ ـ نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج	شمس الدين محمد الرملي
١٩ ـ المهذب	أبو اسحق ابراهيم الشيرازي
٢٠ ـ غاية المنتهى	مرعي بن يوسف الحنبلي
٢١ ـ قانون البينات	جورج كرم

اسم الكتاب	المؤلف
٢٢ ـ أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية	دكتور رزق الله انطاكي
٢٣ ـ رسالة الاثبات	أحمد نشأت
٢٤ ـ الوسيط في القانون المدني	دكتور عبدالرزاق السنهوري
٢٥ ـ الوجيز في القانون المدني	دكتور عبدالرزاق السنهوري
٢٦ ـ قضاء الأمور المستعجلة	محمد علي راتب باشا
٢٧ ـ مجموعة المبادىء القانونية المصرية في خمس سنوات	أحمد سمير أبو شادي
٢٨ ـ مجموعة القواعد القانونية الجزائية السورية	المكتب الفني بمحكمة النقض بدمشق
٢٩ ـ مجموعة القواعد القانونية الشرعية السورية	المكتب الفني بمحكمة النقض بدمشق
٣٠ ـ مجلة نقابة المحامين	نقابة المحامين بدمشق
٣١ ـ مجلة « المحامرن »	نقابة المحامين السورية
٣٢ ـ مجلة القانون	وزارة العدل بدمشق
٣٣ ـ قانون الأحوال الشخصية السوري	
٣٤ ـ الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية	محمد قدري باشا
٣٥ ـ قانون حقوق العائلة العثماني	
٣٦ ـ القانون المدني السوري	
٣٧ ـ قانون الحق العائلي للروم الأرثوذكس	
٣٨ ـ قانون الأحوال الشخصية للطوائف الكاثوليكية في سورية	
٣٩ ـ نظام سر الزواج للكنيسة الشرقية	
٤٠ ـ قانون الأحوال الشخصية للطائفة الأرمنية الأرثوذكسية	
٤١ ـ قانون الأحوال الشخصية للسريان الأرثوذكس	
٤٢ ـ قانون الأحوال الشخصية للمحاكم المذهبية الانجيلية	
٤٣ ـ كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية للموسويين	
٤٤ ـ قانون السلطة القضائية في سورية	
٤٥ ـ قرارات المفوض السامي الافرنسي	

أبحاث قانونية للمؤلف

عنوان البحث	المجلة الناشرة	عدد صفحات البحث	تاريخ النشر
١ ـ الضرر المؤدي الى التفريق بين الزوجين	القانون	٤	حزيران ٩٧٠
٢ ـ نظرية مرض الموت في الفقه الاسلامي	المحامون	٦	ايلول ٩٧٠
٣ ـ القضية الفلسطينية في ضوء القانون الدولي	»	١١	ايلول ٩٧٠
٤ ـ تقييد التصرفات أو أحكام مرض الموت	»	٩	تشرين ثاني ٩٧٠
٥ ـ مع موسوعة الفقه الاسلامي	»	٥	تشرين ثاني ٩٧٠
٦ ـ المسؤولية المدنية التعاقدية المترتبة على عمل الطبيب	»	١٠	آذار ونيسان ٩٧١
٧ ـ المسؤولية المدنية التقصيرية المترتبة على عمل الطبيب	»	١٠	أيار ٩٧١
٨ ـ تقدير أجر العامل في المذاهب الاقتصادية	»	٦	تموز وآب ٩٧١
٩ ـ تسوية ديون التركة المعسرة	»	٤	تموز وآب ٩٧١
١٠ ـ الشريعة الاسلامية وروح العصر	»	٥	حزيران ٩٧١
١١ ـ تحمل المخاطر الناتجة عن حوادث السير	»	٩	ايلول وتشرين أول ٧١
١٢ ـ حكم تصرف المورث حيال ورثته	»	٧	أيار وحزيران ٩٧٢
١٣ ـ مسؤولية المتبوع عن عمل تابعه غير المشروع	»	٩	ايلول وتشرين أول ٧٢
١٤ ـ حول تسوية دين التركة المعسرة	»	٢	ايلول وتشرين أول ٧٢
١٥ ـ حجية الأحكام القطعية	»	٧	تشرين ثاني ٩٧٢

كتب المؤلف

اسم الكتـــاب	سنة الطبـع	ملاحظات
١ - بين الاسلام وخصومه	١٩٥٦	
٢ - محاضرات في طريق التعليم العملي	١٩٦١	
٣ - الأجهزة الكهربائية في السيارات	١٩٦١	
٤ - التصوف بين الحق والخلق	١٩٦٥	له طبعة ثانية عام ١٩٧٠ مزورة
٥ - الرد على الزنادقة والجهمية	١٩٦٧	
٦ - أحكام العمل وحقوق العمال في الاسلام	١٩٦٧	له طبعة ثانية في اللغة التركية عام١٩٧١
٧ - أحكام تصفية التركات	١٩٧٠	
٨ - الأحوال الشخصية للمسلمين والنصارى واليهود	١٩٧٣	الجزء الأول

بالاضافة إلى عشرات المقالات في الأدب والموسيقى والعلوم والتاريخ والدين منشورة في مختلف الصحف والمجلات السورية .